Die negative Beihilfe.

INAUGURAL-DISSERTATION

verfaßt und

der hohen juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Theodor Mayer
aus Geisenfeld (Oberbayern)
Referendar am Amtsgericht zu Ansbach.

Approbiert am 15. Oktober 1931.

Erlangen
Gutenberg-Druckerei (Reinhold & Limmert)
1931.

82:54

Referent: Universitätsprofessor Dr. August Köhler.

Inhaltsübersicht.

§ 1. Einleitendes 1
A. § 2. Die Merkmale der Beihilfe im allgemeinen 2
B. Die negative Beihilfe insbesondere 8
§ 3. Die allgemeine Stellung der negativen Beihilfe im geltenden und künftigen Rechte 8
§ 4. Die Konstruktion der negativen Beihilfe 18
I. Die Kausalität der Unterlassung 18
II. Die Rechtspflicht zum Handeln 33
III. Die schuldhafte Unterlassung 41
§ 5. Die Bestrafung der negativen Beihilfe 45
§ 6. Das Verhältnis der negativen Beihilfe zu einzelnen Delikten nach dem RStGB. 48

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0043

Literaturverzeichnis.

Aldosser, Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden. München 1882.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.

Bar v., Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte. Leipzig 1871.

Bar v., Gesetz und Schuld im Strafrecht. Berlin 1907.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 8. u. 9. Aufl. Tübingen 1925.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906. (L. v. V.)

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. Aufl. 1891.

Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten. 1851.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl. Leipzig 1890, 1914, 1916, 1918, 1919/20.

Binding, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1897 I.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, 2. Aufl. Leipzig 1902, 1904.

Buri v., Über die Kausalität der Unterlassung. Z.St.W. Bd. 1.

Buri v., Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung; Gerichtssaal 1869, Bd. 21.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB.)

Clemens, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum RStGB. Dissertation, Breslau 1912.

Dienstvorschrift für die Gendarmerie. 1922.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1926.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (E.)

Entwürfe mit Begründung zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1909, 1913, 1919, 1925, 1927.

Entwurf (3.) v. 14. II. 1870 mit Begründung zum StGB. von 1871.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. I. Berlin 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 17. Aufl. Tübingen 1926.

Gerichts-Saal (Der), Zeitschrift für Strafrecht und Strafprozeß (G.S.)

Gewerbeordnung für das deutsche Reich von 1869.

Glaß, Die Kausalität der Unterlassung. Dissertation Borna-Leipzig 1908.

Goltdammer's Archiv für Strafrecht. (Golt.A.)

Guthmann, Die negativen Bedingungen in ihren Beziehungen zu den unechten Unterlassungsdelikten. Dissertation Breslau 1899.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. I. Bonn 1881.
Hanke, Das Kommissivdelikt durch Unterlassung. Dissert. Breslau 1917.
Haunß, Die Unterlassung der Anzeige. Dissertation Karlsruhe 1907.
Haupt, Über Kommissivdelikte durch Unterlassung. Z.St.W. Bd. 2.
Hippel v., Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission. Z.St.W. Band 36.
Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Holtzendorff v., Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 4 Leipzig 1877.
Höpfner, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte. Z.St.W. Bd. 36.
Juristische Wochenschrift. (J.W.)
Kitzinger, Juristische Aphorismen. 1923.
Köhler, Deutsches Strafrecht. 1917.
Köstlin, System des deutschen Strafrechts. I. 1885.
Landsberg, Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. Freiburg i. B. 1890.
Leipziger Kommentar. 4. Aufl. 1929. (Lpz.Komm.)
Liszt v., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 21. u. 22. Aufl. 1919.
Mayer M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Heidelberg 1915.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl.
Merkel A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1899.
Merkel P., Begehung durch Unterlassung. Dissert. Göttingen 1895.
Militärstrafgesetzbuch, von 1872. (MStGB.)
Mintz, Die Lehre von der Beihilfe. Riga 1892.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 10. Aufl. Berlin 1916.
Overbeck v., Unterlassung durch Begehung. Ger.Saal Bd. 88.
Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung. 1902.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. (R.)
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. (RMG.)
Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1871. (RStGB.)
Schwartz, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1914.
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes. I. Legislaturperiode, Session 1870, dritter Band.
Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte. 1913.
Vocke, Problemreste der Unterlassungskausalität und ihre Lösung. 1931.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

§. 1.

Einleitendes.

Gegenstand unserer Abhandlung ist die negative Beihilfe, also die durch Unterlassung geleistete Beihilfe. Sie steht begrifflich im Gegensatz zur positiven, d. h. zu der durch ein aktives Verhalten getätigten Beihilfe. Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung wird sie dann angenommen, wenn jemand „rechtlich verpflichtet ist, eine strafbare Handlung zu verhindern, sie aber trotz Möglichkeit der Verhinderung bewußtermaßen zuläßt; z. B.: der Wächter einer Sache läßt es zu, daß sie von dritten Personen gestohlen wird". (So Frank § 49 I 2. Ferner Olshausen § 49 N 12; Lpz. Komm. § 49 N 4,6 b; Allfeld S. 224; E. 11/153, 53/292, 56/168, 61/362; Urt. d. R. G. v. 29. III. 1892 in Golt. A. 39/443; R. 4/885; RMG. 9/240).

Rein äußerlich betrachtet unterscheidet sich somit die negative Beihilfe von ihrem Gegenstück, der positiven, in der Hauptsache dadurch, daß die Hilfeleistung nicht durch ein tätiges, sondern durch ein passives Verhalten bewirkt wird, welches mit der Verletzung einer bestehenden Rechtspflicht zum Handeln seine strafrechtliche Relevanz erlangt.

Im übrigen aber, wenn man von diesen Besonderheiten absieht, muß logischerweise die negative Beihilfe die gleichen objektiven und subjektiven Merkmale tragen wie die positive. Es ist daher zweckmäßig, bevor wir uns der Prüfung der herrschenden Lehre und damit den Problemen unseres Themas zuwenden, zunächst die positive Beihilfe nach ihrer Tat- und Schuldseite und ihrer Behandlung nach dem RStGB. hin kurz zu betrachten. Denn dadurch werden diejenigen Merkmale vorweggenommen, welche beiden Beihilfeformen gemeinsam sind und die daher auch für die spätere, den Besonderheiten der negativen Beihilfe gewidmete Erörterung Geltung haben, ohne daß es jeweils ihrer ausdrücklichen Erwähnung bedarf.

A.

§ 2.

Die Merkmale der Beihilfe im allgemeinen.

Wenn im Folgenden das der positiven und negativen Beihilfe Gemeinsame vorweggenommen wird, so soll dabei nur das Grundsätzliche festgestellt werden. Streitfragen werden nur insoweit Erörterung finden, als es zur Darlegung unseres Themas notwendig erscheint.

Der § 49 Abs. I RStGB. sagt: „Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat".

Wissenschaftlich wird die Beihilfe definiert, z. B.:

von Frank (§ 49 I) als „die nicht tatbestandsmäßige, vorsätzliche (auf Vollendung gerichtete) Unterstützung einer von einer anderen Person vorsätzlich begangenen strafbaren Handlung"

von Köhler (S. 528 ff.) als „die absichtliche Unterstützung eines anderen zu dessen vorsätzlicher Ausführung einer strafbaren Handlung, trotz einer konkreten Vorstellung von deren Ausführung".

Ihren einzelnen Merkmalen nach stellt sich die Beihilfe nach herrschender Lehre wie folgt dar:

I. Tatseite. 1. Die Beihilfe ist nur strafbar, wenn sie zu einem Verbrechen oder Vergehen geleistet wird, das vollendet oder wenigstens in strafbarer Weise versucht worden ist. Die Haupttat darf aber zur Zeit der Hilfeleistung noch nicht abgeschlossen sein; trifft dies zu, so liegt Begünstigung vor, die als Beihilfe zu bestrafen ist, wenn sie vor Begehung der Haupttat zugesagt war. (§ 257 Abs. III RStGB.). Die Beihilfe braucht nicht zur Ausführung der Haupttat selbst geleistet zu werden, sondern kann schon zu einer bloßen Vorbereitungshandlung des Täters, ja sogar schon vor dessen Entschließung zur Tat einsetzen.

2. Beihilfe ist (mit Köhler S. 529)[1]) auch zu allen Arten von Unterlassungsdelikten möglich; z. B.: A unterläßt vorsätzlich eine ihm vorgeschriebene Anzeige; um ihn in seinem

1) Vgl. Olshausen § 49 N 19.

Vorsatz zu bestärken, richtet seine Frau B einen übernommenen Auftrag eines Bekannten nicht aus, der dem A eine bestimmte Warnung vor der Durchführung seines Vorhabens zukommen lassen wollte“ [1]).

3. „Durch Rat oder Tat“ bedeutet, daß die Beihilfe als psychische (Rathilfe) in einer intellektuellen Einwirkung oder als physische (Tathilfe) in einer materiellen Unterstützung bestehen kann. Zur selben Haupttat kann psychische und physische Beihilfe zugleich geleistet werden. Auch kann physische Beihilfe auf geistigem, intellektuelle auf materiellem Wege geübt werden“. (So Allfeld S. 223 N 3; Olshausen § 49 N 10). Intellektuelle Beihilfe kann auch in der „Aufmunterung des wankend Gewordenen oder in der Bestärkung des Tatentschlusses“ bestehen. (So Köhler S. 529. Vgl. E. 37/321).

4. Strafbar ist nur die vollendete Beihilfe. Versuchte Beihilfe ist wohl begrifflich denkbar, aber nicht strafbar. Dagegen steht die Beihilfe zu einem strafbaren Versuch unter Strafe.

5. Die Beihilfe ist ein Begehungsdelikt; sie muß also zu einem bestimmten Erfolg in ursächlicher Beziehung stehen. Man kann nun bei der Beihilfe zwei Erfolge unterscheiden. (So auch Frank § 49 I; M. E. Mayer S. 399). Stellt man sich den vom Haupttäter herbeigeführten Haupterfolg als Endziel der auf ihn hinführenden Kette von Bedingungen vor, von welchen keine weggedacht werden könnte, ohne daß der Schlußerfolg entfallen müßte oder doch nur auf andere Weise eingetreten sein könnte, so besteht der eigentliche Erfolg der Gehilfentätigkeit zunächst nur darin, daß auf den Kausalverlauf der Haupthandlung zu deren Förderung eingewirkt wurde. („Zur Begehung“). Der Gehilfe setzt also eine Bedingung, die sich so in die Kausalkette der Täterhandlung eingegliedert hat, daß diese eben ohne die konkrete Eingliederung anders verlaufen wäre. (Z. B.: Der Einbruch hätte statt mit Hilfe des geliehenen Dietrichs durch Einschlagen eines Fensters und Einsteigen stattgefunden). Die Wirkung der Gehilfentätigkeit kann aber auch über das bloße Sich-

1) Köhler gibt hier ein Beispiel für negative Beihilfe zu einem reinen Unterlassungsdelikt.

eingliedern in den Kausalverlauf der Haupthandlung hinausgehen, nämlich derart, daß der Enderfolg ohne die Hilfeleistung überhaupt nicht hätte eintreten können. (Z. B.: Ohne das Wachestehen des Gehilfen hätte der Täter nicht den Mut zum Einbruch aufgebracht). Diese objektive ursächliche Beziehung zwischen Beihilfe und Enderfolg kann zwar, muß aber nicht gegeben sein. Die Beihilfe braucht also nicht condicio sine qua non des Haupterfolges zu sein. Auch ist eine wirkliche Förderung (Erleichterung) der Täterhandlung und damit des Erfolges nicht nötig. Beihilfe und zwar (mit Frank § 49 IV) zum versuchten Diebstahl liegt z. B. auch vor, wenn jemand dem Täter einen Dietrich zum Diebstahl gegeben hat, der bei der Verwendung im Türschloß abbricht, sodaß dem Täter nicht nur keine effektive Hilfe geleistet, sondern das Öffnen der Türe sogar noch erschwert wurde, mag auch der Diebstahl nachträglich vollendet sein. (Anders z. B. E. 6/169, Olshausen § 49 N 8, die hier Beihilfe zum vollendeten Diebstahl annehmen). Nötig ist aber, daß die Gehilfentätigkeit tauglich zur Förderung der Haupttat ist[1]) und daß sie sich in deren Kausalverlauf als bedingendes Zwischenglied wirklich eingegliedert hat[2]). Liegt solche Eingliederung nicht vor, (wurde z. B. das Einbruchswerkzeug überhaupt nicht verwendet), so ist die Unterstützungshandlung nicht zur Bedingung für den Verlauf der Haupthandlung geworden und stellt sich nur als strafloser Versuch der Beihilfe dar. Ebenso wird in Lpz. Komm. § 49 N 7 verlangt, daß „die durch die Gehilfentätigkeit geschaffenen fördernden Bedingungen in den Strom der wirkenden Kräfte, die der Haupttäter zur Herbeiführung des von ihm gewollten Erfolges ausgelöst hat, einbezogen worden

---

1) Vgl. Lpz.Komm. § 49 N 6 b. Nur eine absolut ungeeignete Tätigkeit scheidet aus. Z. B.: Jemand reicht dem Brandstifter irrtümlicherweise als Brennstoff Wasser statt Spiritus; trotzdem der Haupttäter damit das anzuzündende Objekt übergießt, gelingt es ihm später, das Objekt durch Verwendung von Petroleum in Brand zu setzen. Hier liegt nur strafloser Versuch der Beihilfe zur versuchten Brandstiftung vor. Anders E. 17/377: „Beihilfe mit bewußt absolut untauglichem Mittel ist straflos".

2) So Köhler S. 529. Vgl. Hälschner I S. 330.

sind, Bestandteile des kausalen Geschehens für dessen Herbeiführung geworden sind“ [1]).

Hilfe leisten im Sinne des § 49 heißt somit nichts anderes, als zum Zwecke der Unterstützung der Haupthandlung auf deren Kausalverlauf einwirken, sodaß sich dieser ohne die konkrete Einwirkung eben anders abgespielt hätte, — wenn er auch dann vielleicht ungehinderter zum gleichen Enderfolg geführt hätte. Durch das Sicheingliedern in den Kausalverlauf der Haupthandlung ist zwangsläufig zwischen Beihilfe und Enderfolg ein Bedingungsverhältnis gegeben [2]), auch wenn der Gehilfe keine condicio sine qua non setzt. Man kann daher nicht, wie es Lpz.Komm. § 49 N 4,5 tut, jede objektive und subjektive Beziehung zwischen Beihilfe und Enderfolg leugnen. Diese Ansicht würde zu dem unter Anmerkung 1 (oben Seite 5) bekämpften Ergebnis führen; sie hat im übrigen ihre Widerlegung bei Frank § 49 I gefunden.

6. Der Haupttäter braucht um die Beihilfe nicht zu wissen. Er muß aber seinerseits vorsätzlich handeln. Bei-

1) Als irrig abzulehnen ist aber die weiterhin dort dargelegte, auf eine Reihe von RG.-Entscheidungen gestützte Ansicht, daß zur Beihilfe schon jede in Unterstützungsabsicht geleistete Tätigkeit genüge, ohne daß sie sich auch wirklich in den Kausalverlauf der Haupttat eingefügt hat: „Hat z. B. der Haupttäter die angebotene Zange genommen, um sie zur Ausführung des Diebstahls zu benutzen, schließlich aber mit anderen Mitteln den Einbruch verübt, so bewendet es dennoch bei der Tatsache, daß einmal für die Begehung Hilfe geleistet wurde“. Hier liegt eben noch kein „Einbeziehen in den Strom der wirkenden Kräfte“ vor! Durch das bloße Übergeben der Zange an den Haupttäter, ohne ihre spätere Verwendung, kann höchstens intellektuelle Beihilfe geleistet werden, (aber auch dies nur, wenn sich der Vorsatz des Gehilfen auch in dieser Richtung — wenigstens eventuell — erstreckte!), niemals aber Beihilfe durch Tat. Hier ist kein ursächlicher Zusammenhang, vielmehr ein strafloser Versuch der Beihilfe gegeben. (So auch Frank § 49 IV; Allfeld § 40 N 16, 17; u. a.). Übrigens hat auch das RG. in E. 5/141, 13/265, 15/298, 38/156 (Keine Beihilfe durch Rat, wenn dieser unbeachtet gelassen wurde) zum Ausdruck gebracht, daß sich die Gehilfenhandlung als Mitwirkung zur Täterhandlung darstellen muß; hierzu ist nach E. 13/265 erforderlich, daß „tatsächlich die bewußte Mitwirkung des Gehilfen physisch eines derjenigen Elemente abgegeben hat, aus denen die Tat so, wie sie konkret ausgeführt worden ist, nach der objektiven und subjektiven Seite hin sich zusammensetzt“.

2) Vgl. Frank § 49 I, Zeile 24—27 von oben; Olsh. § 49 N 7, 8.

hilfehandlungen zu Fahrlässigkeitsdelikten können sich als mittelbare Täterschaft darstellen.

II. Schuldseite. 1. Der Gehilfe muß „wissentlich" handeln, d. h. nach herrschender Lehre vorsätzlich; bedingter Vorsatz genügt. (Allfeld S. 225 III; Olsh. § 49 N 13, 15). Der Haupterfolg braucht nicht Motiv oder Zweck der Gehilfentätigkeit zu sein. Es genügt das Bewußtsein des Gehilfen, daß sein Tun geeignet ist, die Haupthandlung zu fördern. Insoweit ist dann auch sein Wille auf den Haupterfolg gerichtet, selbst wenn er daran kein eigenes Interesse hat[1]).

2. Der Gehilfe muß wissen, wozu er Hilfe leistet; d. h. er muß „eine konkrete Vorstellung von der Täterhandlung im ganzen" gehabt haben[2]). Hierzu genügt es, wenn sich der Vorsatz allgemein auf eine unbestimmte Mehrheit von Straftaten gewisser Art richtet. Die Persönlichkeit des Haupttäters braucht er nicht zu kennen, auch nicht die Modalitäten der Ausführung im einzelnen[3]). Bedingter Vorsatz genügt.

3. Der Gehilfenvorsatz muß sich nach herrschender Lehre auf die Vollendung der Haupttat richten[4]).

III. Als Konsequenzen der Akzessorietät der Beihilfe, soweit nicht schon unter I und II berücksichtigt, sind zu nennen:

1. Der Gehilfe ist nur insoweit strafbar, als er die Täterhandlung voraussah. Der sogenannte Täterexzeß sowie die Begehung einer dem Vorsatz des Gehilfen vollständig fremden Haupttat wird dem Gehilfen nicht zugerechnet. Allerdings ist er bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten (z. B. § 226) nach dem strengeren Gesetz zu bestrafen, auch wenn sich sein Vorsatz nicht darauf bezog. Irrtümliche Verletzung eines anderen, aber gleichwertigen Objekts durch den Täter wird dem Gehilfen zugerechnet.

2. Mehrere Beihilfehandlungen zur selben Haupttat bilden nur eine Beihilfe (E. 11/37).

1) So E. 32/353; unrichtig Lpz.Komm. § 49 N 4, 5a; Vgl. E. 5/141.
2) So Köhler S. 530; E. 39/214.
3) Lpz.Komm. § 49, 5b; Köhler S. 531.
4) Frank § 49 I; Köhler S. 531; Olsh. § 49 N 21; E. 17/377.

Wird durch eine Handlung Beihilfe zu mehreren selbständigen Haupttaten geleistet, so liegen nach RG. (z.B. E. 5/227, 8/153, 38/26) mehrere Beihilfehandlungen in Realkonkurrenz vor. (Bestr. Olsh. § 73 N 19 II a; hiezu Frank § 73 III 3 a; Lpz.Komm. § 49 N 8).

3. Beihilfe zur Beihilfe, Anstiftung zur Beihilfe und Beihilfe zur Anstiftung wird als Beihilfe zur Haupttat behandelt. (E. 4/60, 14 318, 23 300, 59/396; Frank S. 122, 2. Abs.; M. E. Mayer S. 398.)

4. Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Haupttäters, welche die Strafbarkeit begründen oder ausschließen, wirken objektiv auch auf den Gehilfen. (Z. B.: Beihilfe eines Nichtbeamten zu einem reinen Amtsdelikt nach § 346; Beihilfe zum Diebstahl, der von einem ohne Wissen des Gehilfen geisteskranken Täter ausgeführt wird.)

Ausnahmsweise werden dagegen gem. § 50 StGB. diejenigen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Haupttäters, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, nur demjenigen Teilnehmer zugerechnet, bei welchem sie vorliegen. (Z. B.: Beihilfe zum Aszendententotschlag §§ 49, 215; Beihilfe zur Kindstötung §§ 49, 217.)

IV. Für die Abgrenzung der Beihilfe gegen die Mittäterschaft kommt es darauf an, ob man sich der subjektiven, unter vermittelnder Modifikation vom RG. vertretenen, oder der objektiven, in der Wissenschaft vorherrschenden, Theorie anschließt. Eine Erörterung darüber, welcher Theorie der Vorzug zu geben ist, kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht angestellt werden.

V. Die Strafe der Beihilfe ist der für die Haupttat geltenden Strafdrohung zu entnehmen unter Ermäßigung nach den für die Versuchsstrafe bestimmten Grundsätzen. (§§ 49 II, 44 StGB.) Eine doppelte Reduzierung des Strafrahmens tritt bei der Beihilfe zu einem strafbaren Versuch ein, nicht dagegen bei Beihilfe zur Beihilfe. (Vgl. Olsh. § 49 N 28.)

B.
Die negative Beihilfe insbesondere.

§ 3.
Die allgemeine Stellung der negativen Beihilfe im geltenden und künftigen Rechte.

I. 1. Die Beihilfe nach § 49 StGB. ist ein Begehungsdelikt (Olsh. § 49 N 12) wie Mord, Diebstahl etc.; wer auf materiellem oder intellektuellem Gebiet den Haupttäter unterstützt, wird bestraft. Es erhebt sich nun die Frage: Kann der Gehilfe den eigentlichen Beihilfeerfolg — d. i., wie unter § 2 I 5 festgestellt, die zum Zweck der Unterstützung vorgenommene Einwirkung auf den Kausalverlauf der Haupthandlung — auch durch Unterlassung begehen? Dabei sind wieder zwei gesonderte Fragen zu unterscheiden, nämlich: Ist eine Beihilfe durch Unterlassung überhaupt begrifflich denkbar? Wenn ja, ist sie nach § 49 strafbar?

Die negative Beihilfe steht der positiven gegenüber wie die Täterschaft durch Unterlassung der reinen Begehung; sie trägt also den Charakter eines Begehungsdeliktes durch Unterlassung, eines unechten Unterlassungsdeliktes[1]). Wenn man daher den Begriff der Täterschaft durch Unterlassung anerkennt, so muß man begrifflich auch die Beihilfe durch Unterlassung bejahen. Denn wenn man einen strafbaren Erfolg durch Unterlassung als Täter herbeiführen kann, so ist es logischerweise ebenso möglich, die Tat eines Anderen

1) Unrichtig daher Schwartz (S. 147), welcher mit Schütze die Unterscheidung zwischen positiver und negativer Beihilfe deshalb als wertlos bezeichnet, weil letztere nur „als besondere Unterscheidungsform der Ommissivdelikte per commissionem in Betracht komme". Er beruft sich irrtümlicherweise u. a. auf Frank § 49 I 2 und Olsh. § 49 N 12. Dort wird aber die negative Beihilfe als Kommissivdelikt per ommissionem charakterisiert. Ein Ommissivdelikt per commissionem verletzt ein gesetzliches Gebot (z. B. § 139), welches von der rechtlichen Handlungspflicht bei unechten Unterlassungsdelikten zu unterscheiden ist; es wird dadurch begangen, daß sich der Verpflichtete durch positive Handlung in eine Lage versetzt, in welcher ihm die Erfüllung des gesetzlichen Gebotes unmöglich ist. Vgl. Frank § 1 II 2; Olsh. § 1 N 3; v. Overb eck.

durch Unterlassung zu unterstützen[1]). Und da die Begehung durch Unterlassung, (worunter eben meist nur die Täterschaft durch Unterlassung verstanden wird), wenn auch im einzelnen streitig, so doch als Begriff allgemein anerkannt ist und, wie unter 2. nachgewiesen werden soll, auch dem Geiste des Gesetzes entspricht, so können gegen die begriffliche Annahme der negativen Beihilfe keine Bedenken bestehen[2]).

2. Das Gesetz spricht von der strafbaren „Handlung", ohne einen ausdrücklichen Hinweis darauf zu geben, daß darunter auch die Unterlassung zu verstehen sei. Der Gesetzgeber ist hier, wie v. Hippel (Z.St.W. Bd. 36, S. 503 ff.) sagt, ebenso lückenhaft wie auf anderen Gebieten des allgemeinen Teils[3]). Die historische Entwicklung des Problems zeigt aber, daß der schon aus dem römischen Rechte stammende[4]), zunächst nur für einzelne Fälle geltende Gedanke der Strafbarkeit der Unterlassung um das Jahr 1800 verallgemeinert wird, sodaß von nun an die Begehung durch Unterlassung grundsätzlich bei allen strafbaren Erfolgen anerkannt wird. In der Folgezeit findet dieser Grundsatz in den Gesetzbüchern meist eine ausdrückliche Erwähnung. Nur in Preußen hält man dies als eine Selbstverständlichkeit seit dem Entwurf von 1843 für unnötig, woraus dann auch die Nichterwähnung der Unterlassung im RStGB. sich erklärt. Der Grundsatz aber, daß unter Handlung im Sinne des Gesetzes auch die Unterlassung zu verstehen ist, blieb weiterhin bestehen und hat in den Motiven von 1870 (III S. 31 zu § 1)

1) Wenn z. B. die Mutter den Tod ihres Kindes dadurch herbeiführt, daß sie den Gashahn nicht abdreht, nachdem ein Luftzug die Flamme ausgelöscht hat und das Gas unverbrannt ausströmt, so ist sie Täterin gemäß § 212 StGB. Wenn nun das ins Zimmer tretende Kindermädchen das schon bewußtlose Kind findet und die notwendigen Rettungsmaßnahmen unterläßt, so liegt nach subjektiver Theorie Mittäterschaft oder Beihilfe durch Unterlassung vor, je nachdem das Mädchen mit Täter- oder Gehilfenwillen ihrer Handlungspflicht nicht nachgekommen ist.

2) Damit soll aber nicht behauptet sein, daß die negative Beihilfe de lege lata auch strafbar ist.

3) Z. B. hinsichtlich der „Lehre vom Kausalzusammenhang, vom untauglichen Versuch, von der mittelbaren Täterschaft".

4) Vgl. Köstlin § 95.

ausdrückliche Erwähnung gefunden. (So v. Hippel S. 503 bis 505; Vgl. v. Liszt S. 128 ff.; O. Clemens, insbesondere S. 34—47.)

Wenn daher die herrschende Lehre heute den gleichen Standpunkt vertritt, so stellt sie damit nicht etwa ein gemäß § 2 Abs. I StGB. im Strafrecht unzulässiges[1]) Gewohnheitsrecht auf. Sie folgt vielmehr nur dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich in der historischen Entwicklung gezeigt hat und legt dementsprechend das Gesetz im Wege der auch im Strafrecht zulässigen wissenschaftlichen Interpretation[2]) aus[3]). Damit dürfte der Beweis dafür geliefert sein, daß die Täterschaft durch Unterlassung dem Geiste des RStGB. entspricht. Somit konnte auch oben (1.) behauptet werden, daß die negative Beihilfe nach geltendem Rechte begrifflich möglich ist.

3. Aus den unter 1. und. 2. genannten Erwägungen heraus kommt wohl auch Frank (§ 49 I 2) dazu, die negative Beihilfe, (die ja, wie wir gesehen haben, den Charakter eines Begehungsdeliktes durch Unterlassung trägt), als „eine besondere Erscheinungsform der unechten Unterlassungsdelikte" zu bezeichnen und sie deshalb auch der Bestrafung aus § 49 StGB. zu unterstellen.

Diese Schlußfolgerung, die heute der herrschenden Meinung entspricht[4]), ist jedoch nicht unbestritten. Und in der Tat bedarf die Frage einer besonderen Prüfung, ob der Gesetzgeber, der, wie oben nachgewiesen, die Täterschaft durch Unterlassung bedroht, auch die Beihilfe durch Unterlassung unter Strafe gestellt hat. Denn dieses Ergebnis, wenn es auch durchaus der Konsequenz entsprechen würde, ist noch nicht mit der Feststellung gerechtfertigt, daß die negative Beihilfe an sich nach geltendem Rechte denkbar ist und logischerweise auch unter Strafe stehen müßte. Die Entscheidung kann auch hier nur dem gesetzgeberischen Willen entnommen

1) Frank S. 22; Beling „Grundzüge" S. 8, II; Olsh. S. 39 N 4.

2) Vgl. Beling „Grundzüge" S. 8, IV und Kitzinger „Aphorismen" Nr. 23; Enneccerus I,1 §§ 48—52.

3) Unrichtig daher Höpfner in Z.St.W. Bd. 36, S. 105.

4) Vgl. u. a. Allfeld S. 224; Olsh. § 49 N 12; E. 11/153; R. 4/885; RMG. 9/240; Urt. d. RG. 29. III. 1892 in Golt.A. 39/443.

werden, der dem § 49 StGB. zugrunde liegt. Es muß also untersucht werden, ob der Gesetzgeber unter „Hilfe leisten durch Rat oder Tat“ auch die durch Unterlassung geleistete Hilfe auf intellektuellem oder materiellem Gebiete verstanden hat.

Im Gegensatz zu Frank vertritt Beling („Grundzüge“ S. 94 V) die Auffassung, daß negative Beihilfe nach geltendem Rechte, wenn auch begrifflich möglich, so doch nicht strafbar sei; sie falle nicht unter den gesetzlichen Begriff nach § 49 StGB. „Wenn die herrschende Lehre richtig wäre“, so argumentiert Beling, „würde § 139 StGB. unverständlich sein; er würde für die in ihm aufgeführten besonders schwerwiegenden Fälle passiver Beihilfe mildere Strafe begründen, als wie sie nach § 49 StGB. auszufallen hätte und als sie nach § 49 auf die leichteren Fälle anwendbar wäre; es wäre z. B. Nichtanzeige eines bevorstehenden Mordes nur mit Gefängnis, sonstige passive Mordbeihilfe sowie alle passive Notzuchtsbeihilfe mit Zuchthaus strafbar“. Gegen diese Beweisführung ist aber geltend zu machen, daß § 139 überhaupt keinen Fall der passiven Beihilfe in Sinne der herrschenden Lehre, (so wie etwa § 357: „wissentlich geschehen lassen, trotz Amtspflicht zur Hinderung“) darstellt[1]). Allerdings bezeichnete man zur Zeit des preuß. StGB. von 1851 die Nichtanzeige als negative Beihilfe[2]), was daraus zu erklären ist, daß dieses Gesetzbuch die Nichtanzeige in § 39 bei den Vorschriften über die Teilnahme nannte. Ebenso verhielt es sich mit dem entsprechenden § 45 des Regierungsentwurfes eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. Die zur Beratung dieses Entwurfes eingesetzte Kommission aber nahm diesen Paragraphen aus dem Abschnitt über die Teilnahme heraus und reihte ihn unter die Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung ein. Dies geschah aus der Erwägung heraus, daß die Nichtanzeige keinen Teilnahmecharakter hat, vielmehr mit dem verbrecherischen Erfolg nur insoweit in Verbindung gebracht werden kann, als dessen Begehung eine Bedingung für die Strafbarkeit der Nichtanzeige ist. Ein Kausalzusam-

1) Auch Mintz S. 169—70 verweist die Nichtanzeige irrtümlicherweise ins Gebiet der negativen Beihilfe.

2) Köstlin S. 294; vgl. zum Folgenden Haunß I.

menhang zwischen Erfolg und Nichtanzeige wurde nicht gefordert. Für den heutigen § 139 gilt das Gleiche. Auch er ist nicht unter „Teilnahme" aufgeführt. Die früher auf der systematischen Einordnung der Vorschrift beruhende Bezeichnung als negative Beihilfe ist daher heute nicht mehr gerechtfertigt. Die Nichtanzeige ist allerdings nur strafbar, wenn das Verbrechen wenigstens bis zum strafbaren Versuch gelangte. Die Entstehungsgeschichte zeigt aber, daß damit keine Vermutung für den Kausalzusammenhang[1]) zwischen Unterlassung und Erfolg gegeben sein sollte, wie Binding (Handb. I, 590; Lehrb. II, 682) und Blume („Tatbestandskomplemente" a. a. O. 40ff.) behaupten. Vielmehr wird man Frank (§ 139 VIII) zustimmen müssen, der darin ein „exclusives Erkenntnismittel" für den Richter erblickt; denn „die Frage, ob das Verbrechen ernstlich geplant wurde, soll der Richter nur bei dessen wirklicher Begehung bejahen dürfen". Demgemäß braucht auch der Vorsatz des Nichtanzeigenden nicht die Vorstellung zu umfassen, daß die Unterlassung die Ausführung des Verbrechens fördere. Bestraft wird die Nichtanzeige lediglich deshalb, weil dadurch gegen ein Gebotsgesetz verstoßen wurde, das der Gesetzgeber zur Sicherung der Allgemeinheit gegen besonders schwerwiegende Verbrechen neben den entsprechenden Verbotsgesetzen (§§ 80-87, 146, 147, 249—251, 234, 306—308, 311, 312, 313, 315, 321 II, 322—324) noch für nötig hielt.

Ein Verstoß gegen § 139 stellt sich daher als reines Ommissivdelikt dar[2]), während die negative Beihilfe, wie festgestellt, den Charakter eines Begehungsdeliktes durch Unterlassung hat, (also gegen ein Verbotsgesetz und ein rechtliches Gebot verstößt), und daher nicht durch bloße Nichtanzeige begangen werden kann. Wenn dagegen jemand noch aus einem besonderen Rechtsgrund zur Verhinderung eines der in § 139 genannten Verbrechen verpflichtet ist, so liegt

1) Wenn er auch meist vorhanden sein wird, so ist dies doch ohne Bedeutung.

2) Unrichtig Landsberg S. 199, der hierin ein „Kommissivdelikt durch Unterlassung unter Fiktion des Kausalzusammenhanges" sieht. Vgl. Entwurf 1927, Begründung zu § 30, letzter Satz.

nach herrschender Lehre nur negative Beihilfe nach § 49 vor; § 139 tritt dann als subsidiäre Rechtsvorschrift zurück[1]).

Insoweit schlägt also Beling's Argumentation gegen die Bestrafung der negativen Beihilfe aus § 49 nicht durch. Sie beweist vielmehr gerade mit Rücksicht auf die von Beling angeführten bedenklichen Konsequenzen nur, daß in § 139 die Nichtanzeige nicht als negative Beihilfe bestraft werden soll. Auch ein entsprechender Hinweis auf den oben erwähnten § 357, der wirklich einen Spezialfall der negativen Beihilfe im Sinne der herrschenden Lehre darstellt (Frank § 357 I; Lpz.Komm. § 357 N 1), vermag diese nicht zu widerlegen; denn dort wird für die negative Beihilfe bei Amtsdelikten eine höhere Strafe als sie nach § 49 fällig wäre, bestimmt — nämlich die Täterstrafe; § 49 könnte also im übrigen neben dem speziellen § 357 als generelle Strafdrohung für die negative Beihilfe bestehen bleiben.

Dagegen weist Beling mit Recht darauf hin, daß der Gesetzgeber unter Hilfe leisten durch Rat oder Tat eben nur die positive Unterstützung auf geistigem oder materiellem Wege verstanden hat, dabei aber nicht an die Unterlassung gedacht hat wie etwa bei dem Begriff „Handlung" (vgl. oben § 3 I 2). Gerade die Tatsachen, daß der Vorläufer des RStGB. unter negativer Beihilfe allein die Unterlassung der Anzeige verstand (s. Köstlin § 95[2]); Beseler S. 158 N I), daß man im Entwurf für den Norddeutschen Bund und im RStGB. die Nichtanzeige ihres Charakters als negative Beihilfe entkleidete und in den besonderen Teil verwies, ohne für den nun wegfallenden, bisher einzigen Fall der Beihilfe durch Unterlassung eine andere Bestimmung zu treffen, daß man endlich an Stelle des Ausdruckes „oder wer in den Handlungen ..... dem

1) Frank § 139 VIII.

2) „Beihilfe kann auch durch Unterlassung geübt werden (negative Beihilfe) d. h. dadurch, daß man entweder a) ein fremdes bevorstehendes Verbrechen, während man es ohne Gefahr tun könnte, vorsätzlich nicht verhindert (direkt oder durch Warnung des Gefährdeten resp. Anzeige bei der Obrigkeit) oder b) die Nichtanzeige eines fremden Verbrechens für den Fall, daß es begangen sein wird, zum Voraus zusagt. Dagegen gibt es keine allgemeine Rechtspflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen, deren (auch kulpose) Versäumung an sich strafbar machte."

Täter wissentlich Hülfe geleistet hat“ im § 34 II Preuß. StGB. 1851 die präzisen und nach dem damaligen Sprachgebrauch nur positiv aufzufassenden Worte des § 49 RStGB. „durch Rat oder Tat“ setzte, sind ein Beweis dafür, daß der Gesetzgeber die negative Beihilfe im heutigen Sinn nicht dem § 49 unterstellen wollte. Es findet sich auch in den Motiven keinerlei Hinweis darauf, daß auch die negative Beihilfe unter § 49 zu fallen habe. Wäre es anders, so hätte auch der Gesetzgeber z. B. im Wortlaut der §§ 354, 355 nicht die Unterscheidung zu treffen brauchen: „wer einem anderen wissentlich eine solche Handlung gestattet oder ihm dabei wissentlich Hilfe leistet“. Wenn also auch die Legislatoren unter „Handlung“ die Unterlassung mitverstanden haben, so gilt dies doch nicht analog für „Hilfe durch Rat oder Tat“.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß die negative Beihilfe nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unter § 49 fällt, ihre generelle Bestrafung de lege lata daher unzulässig ist. Die herrschende Lehre stützt sich daher auf ein im Strafrecht gemäß § 2 StGB. unzulässiges Gewohnheitsrecht, das auch im Wege der Interpretation keine gesetzliche Grundlage erhalten kann, da hier, wie festgestellt, Sinn und Ausdruck des Gesetzes nicht differieren. (Anders vgl. oben: „Handlung“ = positives und negatives Verhalten.) Extensive Analogie, die hier, da eine Erweiterung des gesetzlichen Tatbestandes nötig wäre, allein die Brücke zur herrschenden Lehre schlagen könnte, ist gemäß § 2 StG.B. ebenfalls unzulässig. (Allfeld § 14 IX; Frank § 2 I 2; Beling „Grundzüge“ § 4 IV.) Daher ist die herrschende Lehre de lege lata als unrichtig zu bezeichnen.

II. 1. Es darf hier aber nicht verkannt werden, daß die nach dem Buchstaben des Gesetzes unzulässige herrschende Lehre durch die generelle Bestrafung der negativen Behilfe den Mißständen abzuhelfen sucht, die de lege lata tatsächlich sich ergeben und die anscheinend vom Gesetzgeber nicht vorausgesehen wurden. Es handelt sich zunächst um den im Gesetz selbst liegenden logischen Widerspruch. Schon oben Seite 8, 10 wurde dargelegt, daß die Konsequenz zur Bestrafung der negativen Beihilfe drängt, wenn man die Täterschaft durch

Unterlassung bestraft. „Hilfe leisten durch Rat oder Tat" heißt nichts anderes, als auf geistigem oder materiellem Wege beeinflussen; und dies kann ebenso durch Unterlassung geschehen, wenn man überhaupt einen Erfolg durch Unterlassung herbeiführen kann. Man kann nicht dagegen einwenden, daß die Täterschaft durch Unterlassung, im Gegensatz zur negativen Beihilfe, durch einzelne Tatbestände des Gesetzbuches ausdrücklich legitimiert sei (z. B. §§ 316 II, 318 II); denn auch die negative Beihilfe könnte sich z. B. auf den Tatbestand des § 357 stützen, in welchem die negative Beihilfe zum delictum sui generis erhoben wurde. Schon die Logik spricht für gleichmäßige Anerkennung oder Ablehnung der Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassung.

Die Notwendigkeit einer generellen Regelung der negativen Beihilfe ergibt sich aber vor allem daraus, daß eine im Gesetz enthaltene Inkonsequenz zu Entscheidungen führen muß, die dem Rechtsempfinden widersprechen, — ein Mißstand, den ja gerade die herrschende Lehre zu beheben sucht. Bestraft man in dem Seite 9, Anmerkung 1 gegebenen Beispiel die Mutter wegen Tötung durch Unterlassung, so darf das Kindermädchen als Gehilfin nicht straflos ausgehen. Ebenso unbillig wäre es z. B., wenn der Wächter eines Bankhauses unbestraft bliebe, der nur den Knopf der Alarmglocke hätte zu drücken brauchen, um die benachbarte Polizeimannschaft herbeizurufen und so einen Einbruchsdiebstahl zu verhindern. Wenn man den in einer Unterlassung zu Tage tretenden Täterwillen wegen des dadurch bedingten Erfolges bestraft, so darf man nicht den Gehilfenvorsatz ungesühnt lassen, welcher zu einer Unterlassung geführt hat, ohne die der Erfolg womöglich gar nicht hätte eintreten können. Ohne generelle Regelung der negativen Beihilfe muß die Rechtsprechung zu unbefriedigenden Ergebnissen gelangen.

Vereinzelt finden sich zwar im Gesetz Tatbestände, die eine Regelung der negativen Beihilfe zu bestimmten Delikten mit umfassen[1]). Es sind hier zu nennen:

---

1) Vgl. unten § 6 N 2. — Nicht hierher gehören die reinen Ommissivdelikte wie § 139 (vgl. oben S. 12), § 361 Ziff. 4, 9 (vgl. unten § 6 N 1).

§ 357 (wissentlich geschehen lassen, trotz Amtspflicht zur Verhinderung)

§§ 340, 341, 343, 354, 355,[1]) (begehen lassen bezw. wissentlich gestatten, obgleich eine Rechtspflicht zur Hinderung gegeben ist)

§§ 121, 347 (entweichen lassen eines Gefangenen, trotz Bewachungspflicht).

Jedoch kann eine so lückenhafte, kasuistische Regelung nicht ausreichen gegenüber den zahllosen Fällen, in welchen sich sonst eine rechtswidrige Unterlassung als bewußte Förderung eines verbotenen Erfolges, als negative Beihilfe, darstellt.

2. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die herrschende Lehre, wenngleich de lege lata unbegründet, doch dem künftigen Gesetzgeber den einzuschlagenden Weg zeigt. Denn die praktische Anwendung des geltenden Rechtes offenbart dessen Unzulänglichkeit hinsichtlich unseres Problems und zugleich die Notwendigkeit, eine gesetzliche Grundlage für die Bestrafung der negativen Beihilfe zu schaffen. (Zur Durchführung dieser Regelung s. unten § 5).

Es sei hier auch auf die Entwicklung der Entwürfe hingewiesen, die eine deutliche Tendenz in unserem Sinne zeigt: Nach dem Vorentwurf von 1909 wird gemäß § 79 als Gehilfe bestraft, „wer dem Täter . . . . . vorsätzlich Hilfe geleistet hat". Die kritischen Worte „durch Rat oder Tat" wurden gestrichen, weil sie „überflüssig sind, da der Begriff des Hilfeleistens in sich klar und gemeinverständlich ist". Gleichzeitig wird in § 208 (= § 357 RStGB.) der auf die Konnivenz bezügliche Tatbestand „oder solche strafbare Handlungen wissentlich geschehen läßt" als entbehrlich weggelassen; „denn wenn der zur Leitung oder Beaufsichtigung eines Untergebenen Berufene wissentlich eine strafbare Handlung seines

1) Während nach herrschender Ansicht bei § 357 die Amtspflicht zum Hindern schon aus dem Strafgesetz selbst abgeleitet werden darf, verlangt man hier den Nachweis einer in concreto bestehenden Hinderungspflicht, (Frank § 340 Abs. III, Lpz.Komm. § 340 N 3; E. 59/86), welche sich allerdings häufig aus dem Kreis der jeweiligen Berufspflichten ergeben wird, z. B. bei den §§ 354, 355. Vgl. im übrigen unten § 4 II und § 6 N 2.

Untergebenen geschehen läßt, obwohl er die Rechtspflicht und Möglichkeit zur Verhinderung hatte, so wird er nach den Grundsätzen über die Teilnahme entweder als Mittäter oder doch als Gehilfe (also wegen negativer Beihilfe) bestraft".

Die Entwürfe von 1913 und 1919 nehmen in § 36 bezw. § 29 die Worte „durch Rat oder Tat" wieder auf, vermeiden aber in § 175 bezw. § 182 ebenfalls den genannten Passus des § 357 RStGB., weil das wissentliche Geschehenlassen schon nach allgemeinen Grundsätzen als Mittäterschaft oder Beihilfe (durch Unterlassung!) strafbar sei. Auch spricht die Denkschrift zum Entwurf von 1919 in der Begründung zu § 276, (der die Abhaltepflicht des § 361 Ziff. 4 u. 9 RStGB. auf alle strafbaren Handlungen ausdehnt,) von dessen „subsidiärer Bedeutung neben den allgemeinen Vorschriften über Teilnahme".

Der Entwurf von 1925 sagt im § 26: „Gehilfe ist, wer vorsätzlich einem anderen die Ausführung einer strafbaren Handlung erleichtert". In der Begründung hierzu heißt es: „Beihilfe kann auch durch Unterlassung begangen werden, wenn der Unterlassende rechtlich verpflichtet ist, den Erfolg abzuwenden".

Auch der Entwurf von 1927 sagt in der Begründung zu § 30, daß „Beihilfe auch durch Unterlassung begangen werden kann, wenn der Unterlassende rechtlich verpflichtet ist, den Erfolg abzuwenden".

In allen Entwürfen kommt der Gedanke der generellen Bestrafung der negativen Beihilfe zum Ausdruck.

§ 4.

Die Konstruktion der negativen Beihilfe.

Die folgende Betrachtung des juristischen Gebäudes der negativen Beihilfe dient einmal zur Darlegung der herrschenden Lehre und, da diese nach unserer Auffassung bis jetzt einer gesetzlichen Grundlage entbehrt, zugleich zur Erörterung der negativen Beihilfe de lege ferenda.

Die negative Beihilfe hat, wie schon festgestellt, den Charakter eines unechten Unterlassungsdeliktes. Sie liegt vor,

1. wenn sich das Unterlassen einer bestimmten Tätigkeit für den Haupttäter als intelektuelle oder materielle Hilfeleistung auswirkt.
2. wenn der Unterlassende zur Vornahme der unterlassenen Handlung rechtlich verpflichtet war.
3. wenn der Unterlassende schuldhaft nicht gehandelt hat.
4. wenn endlich die unter § 2 genannten sonstigen objektiven und subjektiven Beihilfemerkmale vorliegen, die hier außer Betracht bleiben sollen.

Untersuchen wir nun, wann diese Erfordernisse im einzelnen gegeben sind.

I. Die Kausalität der Unterlassung.

1. Kann durch ein Unterlassen intellektuelle oder materielle Hilfe geleistet werden? Rathilfe durch Unterlassen, z.B. durch Schweigen, ist denkbar, wenn sich der Täter bei dem Gehilfen nähere Anweisungen holen will und dessen Schweigen konkludent aufzufassen hat. (Qui tacet, consentire videtur). Die Unterscheidung zwischen Rat- und Tathilfe ist hier aber ohne besondere Bedeutung. Denn jedesmal handelt es sich um die Frage, ob der Beihilfeerfolg, mag er nun in einer Beeinflussung des Täterwillens oder der Ausführungshandlung bestehen, mit einem passiven Verhalten in ursächlichem Zusammenhang stehen kann. Wir haben uns also m. a. W. mit dem Hauptproblem des unechten Unterlassungsdeliktes überhaupt zu beschäftigen, nämlich mit der Kausalität der Unterlassung[1]). Die Behandlung des Problems hat gleichmäßige

1) Dabei ist unter Unterlassen zu verstehen: Nicht handeln, nicht genügend handeln, nicht rechtzeitig handeln.

Bedeutung für die Täterschaft, wie für die Beihilfe durch Unterlassung, da sich beide als Erscheinungsformen der Begehung durch Unterlassung darstellen. Zunächst müssen einige allgemeine Bemerkungen vorausgeschickt werden.

a) Die Strafbarkeit der Unterlassung hängt nicht immer davon ab, daß ein eingetretener Erfolg zu einem Nichthandeln in ursächliche Beziehung gebracht werden kann. Der Gesetzgeber ist nicht verhindert, auch das bloße Unterlassen, ohne Rücksicht darauf, ob es wirklich für einen rechtswidrigen Erfolg bedingend war, unter Strafe zu stellen, wie er es bei den sogenannten reinen (echten) Ommissivdelikten getan hat. In unserem Falle, bei der Behandlung des unechten Unterlassungsdeliktes, handelt es sich aber um die Frage, ob ein Verbotsgesetz auch durch Unterlassen übertreten werden kann. Hier muß nach einer Kausalität der Unterlassung geforscht werden, auf dessen Verhalten sich ein Erfolg in zurechenbarer Weise zurückführen läßt. Wer diese Möglichkeit, d. h. eine Kausalität der Unterlassung, leugnet, muß folgerichtig die unechten Unterlassungsdelikte überhaupt für straflos erklären. Die in der Unterlassung liegende Verletzung einer Rechtspflicht mag sich dann z. B. zivilrechtlich (Schadensersatz) auswirken; niemals aber kann sie strafbar sein, wenn sie den Erfolg nicht verursacht hat. (So Allfeld S. 215, 2; Frank § 1 IV; P. Merkel S. 18/19.)

b) Ein grundsätzlicher Fehler, der in die Betrachtung der Unterlassungskausalität große Verwirrung bringt und auch viel zur Fruchtlosigkeit des darüber seit hundert Jahren herrschenden Streites beigetragen hat, liegt in der Vermischung der Begriffe Kausalität und Rechtswidrigkeit. Wenn auch im allgemeinen den Juristen nur die rechtswidrige Verursachung interessiert, weil eben nur diese Rechtsfolgen nach sich zieht, so hat doch die Frage nach der Kausalität mit der Rechtswidrigkeit nicht das Mindeste zu tun. Beide Begriffe sind vielmehr scharf zu trennen, gleichgültig, ob es sich um die Kausalität des Tuns oder des Unterlassens handelt. Denn ebenso wie die positive Verursachung kann auch die negative je nach den Umständen rechtswidrig oder rechtmäßig erscheinen. Man kann daher zu keiner befriedigenden Lösung gelangen,

wenn man, wie es die Wissenschaft (vgl. v. Liszt, 20. Aufl. S. 138; Meyer-Allfeld S. 171/72) und Praxis (E. 11/154, 46/343, 51/12, 39/397) zum Teil tut, die Schwierigkeit der Unterlassungskausalität dadurch zu umgehen sucht, daß man die rechtswidrige Unterlassung der positiven Verursachung hinsichtlich der Strafbarkeit gleichsetzt oder gar nur eine rechtswidrige Unterlassung als kausal betrachtet. (Dagegen auch Frank S. 18/19; Höpfner S. 105.) Wenn Beling (Lehre v. V. S. 224) sagt, daß positives Tun und Untätigkeit unter den Oberbegriff der Handlung als Tatbestandsverwirklichung im Sinne des Gesetzes fallen, so nimmt er damit schon eine Feststellung vorweg, die eben nicht unbestritten ist, nämlich daß die Unterlassung kausal sein kann. Erst wenn ihre Kausalität in concreto feststeht, darf die Frage der Rechtswidrigkeit aufgeworfen werden. Denn „strafbar ist nur die kausale und außerdem rechtswidrige Unterlassung“ [1]).

c) Die ältere Wissenschaft behandelte die Unterlassung wie die positive Handlung, wobei sie für erstere teils mildere teils gleiche Bestrafung forderte. Eine Kausalität der Unterlassung hatte man dabei weder gesucht noch nachgewiesen, sondern stillschweigend angenommen. Auch Feuerbach, Spangenberg, Martin u. a. ließen die Kausalitätsfrage unberührt; sie untersuchten nur die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit der Unterlassung. Unter ihren Nachfolgern aber beginnt der wissenschaftliche Streit um die Kausalität der Unterlassung, der eine große Anzahl unrichtiger Theorien gezeitigt hat [2]). Man suchte die Kausalität der Unterlassung nachzuweisen in dem „Andershandeln während der Unterlassung“ (so Luden. Dagegen mit Recht v. Bar 2/249)

---

1) Vgl. v. Hippel S. 509 10. Kitzinger „Aphorismen“ Nr. 30. Letzterer führt als treffendes Beispiel an: Ein Gärtner hat gegen Entgelt die Pflege fremder Pflanzen, die zusammen mit seinen eigenen Pflanzen im Treibhause stehen, übernommen. Er vergißt, bei strenger Kälte die Fenster nachts zu schließen, sodaß alle Pflanzen erfrieren. Es ist klar, daß seine Unterlassung die Vernichtung der Pflanzen verursacht hat, unabhängig davon, daß er hinsichtlich der fremden rechtswidrig, hinsichtlich seiner eigenen aber nicht rechtswidrig unterlassen hat.

2) Vgl. hierzu v. Liszt S. 128; Allfeld S. 114 I.

oder in „dem der Unterlassung vorangegangenen Tun“ (so Krug, Glaser, v. Bar, Merkel. Dagegen Binding, Normen 2/524)
oder „in der Unterdrückung des dem Pflichtbewußtsein entspringenden Tätigkeitstriebes“ (so die sogen. Interferenztheorie, vertreten von v. Buri, Binding, Hälschner u. a. Dagegen v. Bar 2/251 ff.; v. Liszt-Schmidt S. 163; Traeger 18)
oder in der „Unterlassung als psychischer Ursache“ (so Geyer, Aldosser. Dagegen v. Bar 2/254).

Man stellte weiterhin die Theorie der „künstlichen Kausalität“ der Unterlassung auf (so v. Rohland, Ziebarth, Haupt, Kohler; dagegen Glaß S. 40 ff., P. Merkel § 3 u. 4).

Diese Versuche, eine Kausalität der Unterlassung nachzuweisen, haben ihre Widerlegung gefunden und sind als gescheitert anzusehen. Deshalb verzichtete man in neuerer Zeit darauf, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Erfolg und Unterlassung festzustellen. Man setzte neben das verursachende Tun das Unterlassen als selbständige Form der Tatbestandsverwirklichung und stellte es lediglich auf die Rechtswidrigkeit der Unterlassung ab, sodaß die rechtswidrige Unterlassung der positiven Verursachung gleichgesetzt wurde. (So Träger, v. Hippel, v. Liszt u. a. und die Praxis. Dagegen Höpfner S. 103 ff.)

Wir haben oben schon darauf hingewiesen, daß Kausalität und Rechtswidrigkeit scharf auseinanderzuhalten sind, daß die Unterlassung nur dann strafbar sein kann, wenn sie kausal und rechtswidrig ist. Wir stehen demnach vor der Notwendigkeit, eine Kausalität der Unterlassung nachzuweisen oder die unechten Unterlassungsdelikte für straflos zu erklären. Dieser Nachweis scheint uns in der von Landsberg[1]) angegebenen Richtung gefunden werden zu können, welcher auch Frank (§ 1 IV) und die dort genannten Autoren gefolgt sind.

2. Jedes Ereignis ist auf einen Komplex von einzelnen Faktoren zurückzuführen, die alle zu dessen Entstehung beigetragen haben, sodaß kein Faktor weggedacht werden könnte, ohne daß dadurch nicht auch das Ereignis, so wie es ein-

1) „Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung. 1890“. Dagegen Köhler § 21 N 4.

getreten ist, entfallen müßte. Man kann daher diese Faktoren als Bedingungen des Erfolges bezeichnen. Soweit diese in der den Menschen umgebenden Natur begründet sind, interessieren sie z. B. den Naturwissenschaftler; soweit sie vom Menschen selbst gesetzt werden, und nur insoweit, fallen sie in den Interessenkreis des Rechtes. Und hier hat nun der Gesetzgeber, um gewissen, dem Rechte unerwünschten Erfolgen vorzubeugen, Strafen für dasjenige menschliche Verhalten angedroht, auf welches sich ein solcher Erfolg zurückführen läßt. Dieses Zurückführen geschieht in der Weise, daß wir die einzelnen Bedingungen des Erfolges in ihrer Aneinanderreihung zu der auf den Erfolg hinführenden Bedingungskette Glied für Glied zurückverfolgen. Soweit sie durch ein menschliches Verhalten gesetzt sind, ist der Erfolg von dem betreffenden Menschen verursacht worden. Dieses konkrete menschliche Verhalten war kausal für den Erfolg. Wir stellen uns damit auf den Boden der Bedingungstheorie, wie sie ihre Darstellung und notwendige Einschränkung bei Frank (§ 1 III 2) gefunden hat. Auf die Streitfrage, ob der Bedingungstheorie oder der Theorie der adäquaten Verursachung, — letztere ist übrigens nur eine Modifikation der ersteren, indem das Erfordernis der Adäquanz eingeschaltet wurde; vgl. Radbruch S. 390 und Frank S. 18, 1. Absatz — der Vorzug zu geben ist, kann hier nicht eingegangen werden. Für die Frage, ob der Unterlassung überhaupt Kausalität zukommen kann, spielt die Unterscheidung übrigens keine Rolle (Vgl. unten S. 27.)

Das den Erfolg bedingende menschliche Verhalten kann ein positives oder negatives sein. Im letzteren Falle ist die Prüfung der Kausalität darauf abzustellen, ob der „Erfolg bei Eintritt eines entsprechenden positiven Umstandes ausgeblieben wäre“ oder in anderer Weise zustande gekommen wäre. (Frank § 1 IV). Auch hier gilt der Satz: „Kausal im Sinne des Gesetzes — und allein darauf kommt es an — ist alles, bei dessen Anderssein der Erfolg nicht eingetreten wäre“. Hinsichtlich der rein objektiven ursächlichen Beziehung zwischen einem Erfolg und einem menschlichen Verhalten sind also Tun und Unterlassen grundsätzlich gleich zu behandeln. Es ist dies aber doch gänzlich verschieden von der

Lehre, daß die rechtswidrige Unterlassung als kausal und der positiven Verursachung gleichwertig anzusehen sei; denn diese Darstellung vermischt Verursachung und Rechtswidrigkeit, was grundsätzlich verfehlt ist. Wenn sie trotzdem praktisch gewöhnlich zum richtigen Ergebnis gelangt, so liegt dies daran, daß man dabei unbewußt bereits die Vorfrage der Kausalität geprüft und bejaht hat, wenn man ihre Rechtswidrigkeit untersucht. Denn man zieht überhaupt nur eine rechtswidrige Unterlassung desjenigen Menschen in Betracht, dessen entsprechendes Handeln den Erfolg gehindert hätte. Trifft dies zu und wurde trotzdem nicht gehandelt, so liegt eben Verursachung vor.

Daß auch der Gesetzgeber eine Kausalität der Unterlassung annimmt und sie im dargelegten Sinne verstanden wissen will, zeigt die ausdrückliche Gleichstellung von Handlung und Unterlassung in den Motiven (S. 31 III zu § 1); es geht aber auch aus dem Wortlaut und Sinn der §§ 121, 316 II, 318 II, 322, 329 II, 340, 345, 347, 357 hervor[1]). Der Gesetzgeber redet, wie Frank sagt, sie Sprache des Lebens und in diesem Sinne kann auch einer Unterlassung Ursachenqualität zukommen[2]). Man muß sich also freihalten von der Auffassung, daß kausal sein nur im Sinne von „positiv bewirken“ zu verstehen sei. Denn diese Auslegung faßt den dem Gesetze zugrunde liegenden Begriff der Verursachung zu eng; v. Hippel sagt (S. 509 N 29 ad II): „Die kausale Bedeutung der Handlung besteht im Bewirken, die der Unterlassung im Nichthindern des Erfolges. In beiden Fällen verwerten wir den Kausalitätsbegriff als Form unseres Erkennens. Er ist also der gemeinsame Oberbegriff, unter den das Bewirken einerseits, das Nichthindern andererseits als Anwendungsfälle gehören. Die Beschränkung des Kausalitätsbegriffes auf den ersteren Fall scheint mir willkürlich und lebensfremd; technisch schafft sie überdies nur überflüssige Schwierigkeiten“.

3. Die irrtümliche Ansicht, daß nur ein positives Tun verursachen könne, hat ihre Hauptstütze in der physischen und

1) Vgl. auch §§ 62, 92, 94, 95, 144 MStGB.
2) Vgl. auch Kitzinger, Aphorismen Nr. 24.

metaphysischen Betrachtung des Problems gefunden, wobei meist von dem Satze „Aus nichts wird nichts“ ausgegangen wurde. Neuerdings hat nun Landgerichtsdirektor Vocke (Ansbach) in einer rechtsphilosophischen Abhandlung[1]) „Problemreste der Unterlassungskausalität und ihre Lösung“ überzeugend dargelegt, daß der Unterlassung sehr wohl Wirklichkeit und Kausalität zukommt, daß sie ebenso wie das positive Tun verursacht.

a) Den Hauptfehler sieht Vocke darin, daß man das Problem der Unterlassungskausalität nicht unter Ausschaltung des menschlichen Verhaltens untersucht hat, wodurch Psychologisches[2]) mit dem rein kausalen Moment vermischt wird. Denn „die besondere Schwierigkeit darf nicht im menschlichen Verhalten, sondern in dem gefunden werden, was Handeln und Unterlassen unterscheidet, nämlich in dem Moment der Negation. Die Frage, wie es möglich sei, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Unterlassung des schlafenden Wechselwärters und der Entgleisung des Zuges zu denken, unterscheidet sich logisch in gar nichts von der Frage nach solchem Zusammenhang zwischen dem Schlafen des Wachhundes und dem Gelingen des Einbruchs oder dem Versagen der Bremse und dem Autounfall“. Alle diese Faktoren sind Bedingungen, Ursachen des Erfolges, mögen sie nun innerhalb oder außerhalb menschlichen Verhaltens liegen[3]). Die Kausalität des Unterlassens im Gegensatz zu derjenigen des Tuns kann daher „mit der Besonderheit menschlichen Verhaltens, also insbesondere auch mit psychologischen Vorgängen

1) Die Abhandlung, bisher nur in Maschinenschrift erschienen, wird demnächst in der Z.St.W. veröffentlicht werden. Sie würde in ihrer präzisen gedanklichen Fassung unter einer paraphrasierenden Darstellung nur leiden, weshalb sie, soweit wir darauf Bezug nehmen, meist wörtlich wiedergegeben wird.

2) Psychologisches mag dem objektiven Tatbestand, der hier allein in Betracht kommt, wohl ursächlich zugrunde liegen, kann aber nur im Rahmen der Zurechnungs- und Schuldfrage, aber nicht für die Tatfrage i. e. S. von Bedeutung sein. Vgl. Vocke S. 7—9.

3) Im Gegensatz zu Landsberg, der a. a. O. S. 103, 109 einen grundsätzlichen Unterschied zwischen menschlicher Unterlassung und irgendeinem anderen negativen Vorgang konstruieren will.

und Zuständen oder vollends mit deren sittlich-rechtlicher Bewertung nichts zu tun haben. Statt Handeln und Unterlassen sind daher zunächst die inhaltsärmeren Begriffe zu setzen: Geschehen und Nichtgeschehen (Unterbleiben)".

Dieses Nichtgeschehen ist nach Vocke nichts Unwirkliches, sondern etwas Wirkliches, dem daher auch Kausalität zukommen kann. Hält man sich den relativen Charakter[1]) der Begriffe positiv und negativ vor Augen, so erkennt man, daß „alle positiven Vorstellungen ihr bestimmtes Sosein einer Scheidung von anderen, meist zunächst nur potentiellen Bestimmungen verdanken, deren Inbegriff (ganz im Sinne eines photographischen Negativs) in seinem Anderssein jenes positive Sosein der Vorstellungen als ein Nichtanderssein konstituiert." Dies trete ohne weiteres klar hervor, wenn es sich „um die Unterscheidung zweier konträrer Vorstellungen handle, deren jede durch den Ausschluß der anderen als genügend charakterisiert erscheint. (Z. B. links fahren = nicht rechts fahren; weiter fahren = nicht anhalten). Aber schon das einfache „Fahren" als eine unter mehreren denkbaren Tätigkeiten scheint irgendwelche andere Tätigkeiten als sein charakterisierendes Negativ völlig zu verleugnen. Doch man braucht so einen Begriff wie „Fahren", abgesehen von der Verschiedenheit seiner möglichen Bedeutungen, welchen jeweils konträre Gegensätze entsprechen, (z. B. aktives und passives Fahren) nur auf seine Elemente (sich fortbewegen im Gegensatz von ruhen, Benützung eines Fuhrwerkes im Gegensatz zu der eines Reittieres u. dgl.) anzusehen und man wird leicht feststellen können, daß es, um ein charakterisierendes Negativ zu erhalten, nur nötig ist, sich das Interesse vor Augen zu stellen, aus dem heraus man den Gegenstand des Begriffs betrachtet". Dieses Interesse sei es, was den gleichen Gegenstand einmal als positiv, das andere Mal als negativ, m. a. W. einmal als ein Sosein (= Nichtanderssein) und das andere Mal als ein Anderssein (= Nichtsosein) erscheinen lasse. Wenn die Mutter über dem Strümpfestricken die Beaufsichtigung ihres Kindes vernachlässige und so dessen Tod verschulde, so stelle sich

1) Vgl. auch Landsberg a. a. O. S. 98 ff.

eben das Strümpfestricken „als eine die Aufmerksamkeit nach bestimmter Richtung ablenkende Tätigkeit, logisch unter dem Gesichtspunkt der Nichtbeaufsichtigung des Kindes betrachtet, einfach als das konträre Gegenteil der Beaufsichtigung dar. Das entscheidende Interesse und somit das Konträrverhältnis müsse hier aus dem der Kausalfrage zugrunde liegenden Zweck abgelesen werden, während es bei dem Beispiel „links fahren = nicht rechts fahren" schon durch das Wort „links" vorgezeichnet sei". „Nun muß aber, insoweit ein negativer Begriff durch einen positiven überhaupt ersetzt werden kann, der Gegenstand beider Begriffe vollkommen identisch sein. Es kann daher auch die Unterlassung keine andere Daseinsform haben als dasjenige an ihrer Stelle stattfindende positive Verhalten, das sie eben in der Form des Nichtandersseins ausdrückt. Hat dieses Wirklichkeit, so hat solche eben damit auch die Unterlassung". Wenn diese Tatsache sich der oberflächlichen Betrachtung verberge, so habe dies genau denselben psychologischen Grund, aus dem nur der Geübte im Negativ der photographischen Platte das positive Bild zu erkennen vermöge.

b) Nachdem uns so Vocke die „Paradoxie der negativen Wirklichkeit und des Negationsgehaltes aller positiven Bestimmungen" vor Augen geführt hat, weist er auf ein neues Orientierungsmoment unseres Problems hin, nämlich darauf, daß nicht nur das menschliche Verhalten, sondern auch das bloße Geschehen, d. h. der Begriff der Ursache selbst, den Kern des Problems gar nicht berührt". Er drückt diese Erkenntnis in dem weiteren paradox erscheinenden Satze aus: „Mit dem Problem der Kausalität durch Unterlassung hat die Kausalität so wenig etwas zu tun wie die Unterlassung als menschliches Verhalten". Es unterliege keinem Zweifel, daß „eine mathematische Berechnung oder logische Schlußfolgerung als tatsächlicher zeitlicher Vorgang unter kausalem Gesichtspunkt und das Ergebnis als seine Wirkung aufgefaßt werden könne. Es könne z. B. die Fahrlässigkeit bei einer statischen Berechnung, wenn etwa ein Unfall daraus entstehe, fraglos zu rechtlicher Haftung führen. Nun könne aber ein falsches Resultat ebensogut auf einer Unterlassung wie auf

einer Handlung innerhalb einer derartigen mathematischen oder logischen Betätigung beruhen. In dieser Beziehung wirke sich das Weglassen eines notwendigen Berechnungspostens genau ebenso aus wie das Hinzufügen eines falschen". „Wenn wir aber nun von dem die Kausalität bedingenden zeitlichen Vorgang absehen und dasselbe Exempel, dieselbe Konstruktion oder Schlußfolgerung lediglich in ihren außerzeitlichen Funktions- oder Geltungsbeziehungen anschauen, so ergibt sich ohne weiteres, daß das falsche Ergebnis genau ebenso durch den betreffenden Fehler, insbesondere also durch das Fehlen des notwendigen Berechnungs- oder Schlußgliedes bedingt ist, wie bei kausaler Betrachtung. Wenn z. B. die empirische Nachprüfung einer Konstruktion zum pythagoräischen Lehrsatz ergibt, daß das Hypothenusenquadrat größer ist als die Summe der beiden Kathetenquadrate, so beruht dieses Mißverhältnis nicht nur kausal, d. h. psychologisch oder technisch auf der falschen Hinzufügung eines Plus zum rechten Winkel, sondern auch schon rein zeitlos-mathematisch auf diesem Plus, als etwas anschaulich Daseiendem, und ebenso beruht ein allenfallsiges Kleinersein jenes Quadrates nicht nur auf dem kausalen Weglassen einer Winkelgröße, sondern schon auf dem bloßen Fehlen des zum rechten Winkel erforderlichen Plus". Die Kausalität sei also ein den Kern unseres Problems gar nicht berührendes Element; darin liege auch der tiefere Grund der schon früher z. B. von Landsberg festgestellten Wahrheit, daß die Verschiedenheit der Kausalitätsheorien für die Unterlassungskausalität ohne jede Bedeutung ist.

Die Ausschaltung des zeitlich-kausalen Elements, welche den Kern des Problems aus der Sphäre des Wirklichen entrücke, dürfe nun nicht zu der mißverständlichen Auffassung führen, daß die Unterlassung selbst etwas Unwirkliches und daher nichts Kausales sei. Denn wenn wie hier die Kausalität eines Vorganges oder Zustandes in Frage stehe, mit Rücksicht auf ein besonderes Kennzeichen dieses Vorganges oder Zustandes, so werde dadurch, daß dieses besondere Kennzeichen nicht notwendig der Wirklichkeit angehört, sondern sich z. B. auch an mathematischen Gegenständen vorfindet, nicht

bewiesen, daß der Vorgang oder Zustand selbst außerhalb der Wirklichkeit liege und infolgedessen für Kausalität nicht in Betracht kommen könne.

Diesen Ausführungen Vockes ist nichts hinzuzufügen; sie sprechen in ihrer Klarheit für sich selbst. Vocke hat damit diejenigen Punkte klargestellt, welche uns „am Problem der Unterlassungskausalität bisher widerspruchsvoll und problematisch“ erschienen sind. Unter Ausschaltung des menschlichen Verhaltens und unter Abstraktion vom zeitlichen Element hat Vocke gezeigt, daß das Kennzeichen der Unterlassung „in einem bestimmten Nichtsein, d. h. in der Bestimmung eines Seins als eines bestimmten Nichtseins, m. a. W. in einem Sosein liegt, welches ein bestimmtes Nichtanderssein einschließt. Dieses negative Moment des Andersseins in ganz bestimmter Richtung ist allem Bestimmten ohne Unterschied, ob wirklich oder nicht, gemein und teilt als Bestimmung jedes Soseins mit diesem seine jeweilige Seinsform. Es muß also auf mathematischem Gebiet mathematischen, auf realem Gebiet realen Charakter tragen. Und ebenso ist es auf dem besonderen Gebiet wirklichen menschlichen Verhaltens ein wirkliches Verhalten, nämlich seine durch ein bestimmtes Interesse bestimmte Andersheit, also freilich etwas Negatives, aber eben nicht ein Nicht-Etwas, sondern ein Nicht-So“. Vocke hat uns somit nachgewiesen, daß die Unterlassung ebenso Ursache sein kann wie das Tun.

4. Fragen wir uns nun, wann einer Unterlassung (oder welcher Unterlassung) Ursachenqualität zukommt, so müssen wir wieder von dem grundlegenden Satze der Bedingungstheorie ausgehen: Ursache ist alles, bei dessen Anderssein der Erfolg, so wie er zustande kam, nicht eingetreten wäre. Auf die Unterlassung angewendet bedeutet dies, daß jede Untätigkeit jedes Menschen als eine Teilursache des Erfolges erscheint, weil sie ihn negativ bedingt. Der dadurch entstehende, ungeheuer weit erscheinende Kreis des Ursächlichen darf nicht abschrecken. Denn praktisch stellen wir die Kausalfrage erst, wenn wir vorher eine engere Auswahl unter denjenigen negativen Bedingungen des Erfolges getroffen haben, welche überhaupt, abgesehen von ihrer Kausalität, für eine

juristische Bewertung in Betracht kommen. Diese Musterung der Teilursachen geschieht an Hand zweier Fragen, nämlich: „Wem wäre die Abwendung des Erfolges möglich gewesen?“ und „Wer wäre zur Abwendung verpflichtet gewesen?“ Ist so der Kreis der „für eine Verantwortung und darum für die Fragestellung nach der Verursachung in Betracht kommenden“ — (so Vocke) — Menschen auf einige wenige eingeschränkt, so wird jetzt erst ihr Verhalten auf seine Kausalität hin geprüft. War endlich das kausale und rechtswidrige Unterlassen auch noch schuldhaft, so sind die Voraussetzungen für die Bestrafung gegeben. Wenn also auch logischerweise die Frage der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens erst gestellt werden kann, wenn vorher die Kausalität feststeht, so verfährt doch der Richter aus Zweckmäßigkeitsgründen gerade umgekehrt. Daraus darf sich aber nicht die irrtümliche Auffassung ergeben, daß die Kausalität von der Rechtswidrigkeit oder der Möglichkeit der Abwendung abhängig sei, daß — um mit Vocke zu sprechen, welcher eingehend auf diese Gedanken hinweist, — „die jeweils so (nämlich durch die Vorfragestellung nach der Rechtswidrigkeit und Möglichkeit) fixierten Teilursachen ein Ursachenmonopol für sich in Anspruch nehmen könnten. Auf strafrechtlichem Gebiet ist maßgebend für die Stellung der Kausalitätsfrage stets allein der Gesichtspunkt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Positive oder negative Ursachen mögen noch so handgreiflich zu Tage liegen, sie scheiden für den Untersuchungs- wie für den Strafrichter ohne weiteres aus, soweit sie nicht auf eine möglicherweise verantwortliche Person hinzielen“.

Wenn daher Landsberg die These aufstellt, Unterlassen sei Nichttun trotz der Macht zu tun, so ist das für das Kausalitätsproblem nur in soweit von Bedeutung, als damit gesagt ist: ein untätiges Verhalten kommt für die Stellung der Kausalitätsfrage nur dann in Betracht, wenn in concreto der Unterlassende die Möglichkeit hatte, zur Verhinderung des Erfolges tätig zu werden. Denn fehlte diese Möglichkeit, z. B. infolge von vis absoluta, so wird dadurch (bei gegebener Rechtspflicht zum Handeln) die Rechtswidrigkeit des Unterlassens beseitigt. Auf die Kausalität selbst aber kann die (subjektive) Möglich-

keit oder Unmöglichkeit des Handelns keinen Einfluß haben. Denn der Erfolg bleibt durch das betreffende untätige Verhalten stets negativ bedingt (also verursacht), gleichgültig ob der Unterlassende nicht handeln wollte oder nicht handeln konnte. (Anders Landsberg S. 102 ff.; P. Merkel § 8 und 9. Dagegen schon v. Buri in G.S. 45/56 ff.).

Wenn Frank (S. 19) sagt: „Ist die Unterlassung der Verhinderung des Erfolges erzwungen worden, so knüpft das Kausalitätsurteil an den Zwang an, indem es diesen als kausal bezeichnet", so darf daraus nicht geschlossen werden, daß etwa das erzwungene Unterlassen selbst nicht kausal sei; es kommt nur für eine weitere juristische Wertung nicht in Betracht, weil infolge des Zwanges die Rechtswidrigkeit fehlt.

Hiervon ist aber zu unterscheiden, daß selbstverständlich die Möglichkeit, daß ein Erfolg überhaupt objektiv abwendbar war[1]), gegeben sein muß, wenn ein Unterlassen kausal sein soll. Dieser Punkt wird aber schon durch die Fragestellung mitberücksichtigt, ob ein entsprechendes Handeln den Erfolg hätte hindern können.

5. Man hat vielfach die Bedingungstheorie in ihrer Anwendung auf die Unterlassung einzuschränken versucht, z. B. dadurch, daß man eine Kausalität nur dann annehmen wollte, wenn die Unterlassung „die Anforderungen des Verkehrs und der guten Sitten gröblich verletze" (so Kitzinger, Aphorismen Nr. 31), oder wenn „sich ein Normalmensch zum Handeln aufgefordert fühle" (so Glaß S. 17 ff., 65). Wir halten solche Versuche für grundsätzlich verfehlt; denn derartige Gesichtspunkte, wenn man sie überhaupt in Betracht ziehen will, können niemals bei der Kausalfrage, sondern höchstens bei der Schuldfrage oder hinsichtlich des Strafmaßes Berücksichtigung finden.

Es sei hier kurz auf die Abhandlung Höpfners „Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt" (Z.St.W. 36, S. 103 ff.) eingegangen, die ihre Kritik durch v. Hippel in „Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission" (Z.St.W. 36, S. 501 ff.) gefunden hat. Wir erwähnen hier nur diejenigen Punkte, die für unser

1) Im Gegensatze zur (subjektiven) Möglichkeit, daß der Einzelne zum Zwecke der Hinderung tätig werden konnte.

Thema an dieser Stelle von Interesse sind. Höpfner wendet sich dagegen, daß die herrschende Lehre die rechtswidrige Nichthinderung des Erfolges seiner Verursachung hinsichtlich der Strafbarkeit gleichsetze, sodaß letztere nur durch die Rechtswidrigkeit bedingt werde. (Vgl. oben § 4 I 1. b und c, 4.) Zur Bestrafung genüge die Rechtswidrigkeit allein nicht; das betreffende Verhalten müsse auch verursachend im Sinne des Gesetzes sein (S. 106). Dieses Erfordernis liege, da eine echte Kausalität der Unterlassung nicht nachzuweisen sei[1]), nur dann vor, wenn die Nichthinderung des Erfolges seiner Verursachung gleichwertig sei, was von Fall zu Fall geprüft werden müsse. Die Voraussetzungen solcher Gleichwertigkeit sieht Höpfner:

a) in der Rechtswidrigkeit der Unterlassung (S. 115). Hiermit begeht Höpfner den von ihm selbst gerügten Fehler, daß er die scharfe Grenze zwischen Verursachung und Rechtswidrigkeit wieder verwischt. In einer mathematischen Gleichung ausgedrückt behauptet er: Die rechtswidrige (r) Unterlassung (u) muß gleichwertig sein der rechtswidrigen (r) Handlung (h), also $r + u = r + h$; es ist klar, daß bei der weiteren Betrachtung der Faktor r, als auf beiden Seiten vorhanden, auszuscheiden hat. Im übrigen sei auf die treffende Widerlegung bei v. Hippel S. 509/10 verwiesen, wo u. a. gesagt wird, daß Höpfner insoweit nur den Satz der herrschenden Lehre modifiziert hat: gleiche Strafbarkeit liegt vor, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht.

b) darin, daß „das mißachtete Gebot zu handeln, ebenso bedeutsam ist, wie das Verbot, jenen Erfolg durch Tätigkeit herbeizuführen". Hierzu sei aber erforderlich, daß jeweils „die Strafdrohung bei dem Gebote und Verbote die gleiche Aussicht auf prävenierende Wirkung" habe. Eine günstigere Präventionsmöglichkeit gestatte eine geringere Strafdrohung für die Unterlassung; eine ungünstigere erheische strengere Strafdrohung, spreche also für Gleichstellung von Handlung und Unterlassung. Die betonte Gleichbedeutsamkeit von Gebot und Verbot hänge weiterhin davon ab, „ob die Gefahr,

1) Diese Behauptung scheint uns durch die Ausführungen Vockes widerlegt.

daß es auf dem Wege der Unterlassung zum Schaden komme, wesentlich die gleiche ist, wie die, daß dies auf dem Wege der Tätigkeit geschehe". Hierfür sei maßgebend, „erstens, ob unbeobachtete relevante Unterlassung leichter möglich ist, als unbeobachtete den Erfolg verursachende Tätigkeit, und zweitens, ob die Geneigtheit zu dem relevanten Unterlassen kleiner oder größer ist, als die zu dem kausalen Tun". (S. 118—21). Auch zu b) verweisen wir auf v. Hippel S. 511/12. Wir halten im übrigen den von Höpfner vorgeschlagenen Weg schon deshalb für unrichtig, weil wir ja der Unterlassung im Sinne des Gesetzes die gleiche Ursachenqualität zusprechen wie dem Handeln. Wenn unsere Ansicht aber irrig wäre, wie es Höpfner annimmt, so könnte die damit entfallende Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes nicht dadurch wiederhergestellt werden, daß man die fehlende Unterlassungskausalität mit Hilfe des Rechtswidrigkeitsmomentes und einer verschiedenen Bewertung der Rechtspflicht zu ersetzen sucht. Denn diese Faktoren haben, wie schon wiederholt betont wurde, keinerlei Einfluß auf die Kausalitätsfrage. Völlig unverständlich und unbegründet aber scheint es uns, daß Höpfner seine Vorschläge als geltendes Recht bezeichnet. Wir sehen mit v. Hippel (S. 512) darin nur eine Lösung des Unterlassungskausalitätsproblems de lege ferenda, deren praktische Eignung, abgesehen von den erwähnten grundsätzlichen Bedenken, bei ihrer überaus komplizierten Konstruktion zweifelhaft erscheint. Höpfners Gedanken gehören nicht zum Problem der Unterlassungskausalität, vielmehr in das Gebiet der Rechtspflicht bezw. der Strafbarkeit bei unechten Unterlassungsdelikten. Für diese Fragen allerdings bietet Höpfner wertvolle Anregungen, die später Berücksichtigung finden sollen.

6. Wenn wir nun das Ergebnis unserer bisherigen Betrachtung der Unterlassungskausalität entsprechend dem unter § 2 I 5 Gesagten auf die negative Beihilfe anwenden, so ergibt sich: Der zur Bestrafung erforderliche ursächliche Zusammenhang ist auch bei der Beihilfe durch Unterlassung gegeben; und zwar liegt er dann vor, wenn die Vornahme der unterlassenen Tätigkeit die Herbeiführung des Haupt-

erfolges in intellektueller oder materieller Beziehung gehindert hätte, sodaß sich der zum Haupterfolg führende Kausalverlauf der Haupthandlung anders dargestellt hätte. Nicht erforderlich ist, daß durch die Vornahme der entsprechenden Handlung der Haupterfolg gänzlich verhindert worden wäre; denn die Beihilfe braucht keine condicio sine qua non für den Haupterfolg zu sein.

II. Die Rechtspflicht zum Handeln.

Aus dem der negativen Beihilfe anhaftenden Charakter eines unechten Unterlassungsdeliktes folgt, daß der Gehilfe durch sein Nichthandeln ein gesetzliches Verbot (z. B. § 212 StGB.) zugleich aber auch ein rechtliches Gebot verletzt, durch welches ihm die Rechtspflicht zum Handeln auferlegt war (z. B. Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Kinde gemäß §§ 1627, 1631, 1634 BGB.).

Beim einfachen Kommissivdelikt und beim reinen Ommissivdelikt ergibt sich die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens grundsätzlich schon daraus, daß ein Angriff auf ein bestimmtes strafrechtlich geschütztes Rechtsgut durch Vornahme des verbotenen bezw. durch Unterlassung der gebotenen Tätigkeit erfolgte. Es bedarf hierbei keiner besonderen Hervorhebung der Rechtswidrigkeit im Texte der Strafdrohung; wo eine solche dennoch erfolgt ist, (z. B. §§ 246, 303 StGB.), läßt sich dies mit v. Liszt (Lehrb. 20. Aufl. S. 196) daraus erklären, daß der Gesetzgeber in diesen Fällen die Abgrenzung der rechtswidrigen Begehung von der nichtrechtswidrigen für besonders schwierig hielt; es soll damit „lediglich der besondere Hinweis auf die jedem Verbote von selbst innewohnende Beschränkung auf eine objektiv rechtswidrige Handlung“ gegeben sein (so Lpz.Komm. S. 8), keinesfalls aber kann daraus ein argumentum e contrario hergeleitet werden. Ein Verstoß gegen ein strafgesetzliches Verbot oder Gebot ist also stets rechtswidrig, wenn nicht die Rechtswidrigkeit in concreto aus einem besonderen Rechtfertigungsgrunde ausgeschlossen wird (z. B. durch Notwehr, Notstand, Handeln in Amtspflicht, Einwilligung des Verletzten). Gerade das Gegenteil gilt für das unechte Unterlassungsdelikt. Bei ihm

wird zwar ein rechtswidriger Erfolg durch eine Unterlassung verursacht, aber das Unterlassen selbst ist nur dann rechtswidrig, wenn in concreto eine Rechtspflicht zum positiven Handeln bestand. (Vgl. hierzu Beling, Grundzüge § 3 V, § 20 III und L. v. V. S. 165; v. Hippel S. 510 N 32.)

Diese Rechtspflicht läßt sich grundsätzlich nicht aus der gegen eine positive Handlung gerichteten Strafdrohung ableiten. Denn diese enthält zwar ein Verursachungsverbot, nicht aber auch das Gebot, den Erfolg durch Tätigkeit abzuwenden[1]). Eine Ausnahme gilt nur dort, wo das Gesetz gleichzeitig mit dem Verursachungsverbot auch eine ausdrückliche Handlungspflicht aufstellt, also zugleich den Tatbestand eines Kommissivdeliktes durch Unterlassung enthält, z. B. § 357: „Ein Amtsvorgesetzter, der . . . . eine strafbare Handlung . . . . (entgegen seiner Amtspflicht!) wissentlich geschehen läßt". Dagegen handelt es sich in Fällen wie § 322 I, II („wer . . . . seiner Dienstpflicht zuwider Feuerzeichen nicht aufstellt . . . . und dadurch die Strandung eines Schiffes verursacht") nicht um eine im Strafgesetz originär enthaltene Handlungspflicht. Vielmehr bedroht hier das Gesetz nur das pflichtwidrige Nichthandeln; die Rechtspflicht zum Handeln muß aber in concreto besonders bestehen. Ebenso z. B. bei §§ 121, 347, 340, 341. (Vgl. Frank § 340 III). Grundsätzlich muß also die Rechtspflicht zum Handeln auf einem besonderen Rechtssatze des öffentlichen oder privaten Rechtes beruhen.

Im einzelnen kann sich die Pflicht zur Abwendung eines Erfolges ergeben[2]):

1. aus einem speziellen Rechtssatze. Dieser kann sein:

a) ein gewohnheitsrechtlicher Satz des öffentlichen oder privaten Rechtes. (Es liegt hier außerstrafrechtliches

---

1) So Frank 1930 § 1 IV; E. 58/245. Auch die reinen Handlungsgebote (§§ 139, 360 Ziff. 10) enthalten nicht die Rechtspflicht, einen Erfolg durch Tätigkeit abzuwenden, sondern lediglich die Pflicht, gewisse Handlungen vorzunehmen. Ihre Verletzung begründet keine Verantwortlichkeit für den nicht verhinderten rechtswidrigen Erfolg.

2) Vgl. hierzu Frank S. 19—21; Beling, Grundzüge S. 34; E. 58/130.

Gewohnheitsrecht vor, durch welches nur die Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens begründet wird, nicht unmittelbar auch die Strafbarkeit. (So auch Beling, Grundzüge § 4 II; Frank § 2 I, 1 a). So ist z. B. „der Kutscher zum Anhalten oder Ausweichen verpflichtet, wenn der Wagen einen Menschen zu überfahren droht" (Frank § 1 IV).

b) Gesetzesrecht. Die Rechtspflicht läßt sich hier ableiten
   α) ausnahmsweise aus dem Strafgesetz selbst, wenn dieses schon den Tatbestand eines unechten Unterlassungdeliktes enthält, z. B. bei § 357. (Vgl. oben und Frank § 357 I).
   β) aus dem Privatrechte. So begründen z. B. §§ 1627, 1634, 1631 BGB. für die Eltern die Pflicht zur Abwendung körperlichen Schadens vom minderjährigen Kinde.
   γ) aus dem öffentlichen Rechte (abgesehen von dem unter α genannten Fall). So ist z. B. gem. § 151 Abs. I S. 2 GewO. der Gewerbetreibende verpflichtet, seine Betriebsleiter oder Aufsichtspersonen von der Übertretung gewerbepolizeilicher Vorschriften abzuhalten.

2. aus der rechtswirksamen Übernahme eines mit einer gewissen Rechtsstellung verbundenen Pflichtenkreises. Eine solche Verpflichtung kann begründet werden

a) durch Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages. So ist der Krankenwärter zur Bewachung und Pflege des Kranken verpflichtet, das Kindermädchen zur Abwehr von Gefahren, die dem Kinde drohen, der Wächter eines Warenhauses zur Verhinderung von Diebstählen.

Hierher gehört auch die in E. 58/130 behandelte Frage, „inwieweit die mit der ganzen oder teilweisen Leitung und Beaufsichtigung eines Gewerbebetriebes betrauten Personen — seien es Stellvertreter im Sinne des § 45 GewO. oder sonstige Leitungs- und Aufsichtsorgane — rechtlich verpflichtet sind, zu verhindern, daß von den im Betriebe beschäftigten Personen bei der Ausübung des Gewerbes strafbare Handlungen begangen werden. Eine Rechtspflicht dieser Art

wird sich meist ohne weiteres aus der übernommenen Stellung ergeben". Ebenso wird die Hinderungspflicht bejaht, wenn der Fall des § 151 Abs. I Satz 1 GewO. zutrifft. (Vgl. auch Frank J.W. 1916 S. 205). Im übrigen aber, „sofern nicht eine an den Gewerbetreibenden gerichtete Sondervorschrift, z. B. § 146 GewO., sondern ein gemeingültiges Strafgesetz" verletzt ist, wird aus dem Vorgesetztenverhältnis allein für den Betriebsleiter keine Hinderungspflicht bei Delikten seiner Untergebenen begründet.

Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung kann auch durch schlüssiges Verhalten übernommen werden, besonders „dann, wenn es nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu einem weiteren Verhalten verpflichtet. So wird eine Verpflichtung zur Schadensabwendung stillschweigend dadurch übernommen, daß jemand bewußtermaßen eine gefährdende Handlung vollzieht; indem z. B. der Arzt zu Heilzwecken den Körper des Kranken öffnet, übenimmt er gleichzeitig die Verpflichtung, die Wunde wieder zu schließen"[1]).

b) durch Annahme eines verliehenen öffentlichen Amtes. So besteht z. B. für den Polizisten auf Grund des Art. 102 AGStPO. und der darauf beruhenden Verwaltungsverordnungen (Dienstanweisungen)[2]) die Verpflichtung, „durch Aufsicht und Anstalten den Übertretungen der Strafgesetze möglichst zuvorzukommen und dieselben in ihrem Laufe zu unterdrücken". So ist z. B. nach herrschender Lehre ein Polizist — vorausgesetzt, daß die übrigen Erfordernisse der Beihilfe vorliegen, — wegen negativer Beihilfe gem. §§ 49, 212 StGB. strafbar, der untätig einem Totschlag zusieht obwohl er ihn hätte verhindern können. RG. Urt. des 1. Strafsenats vom 9. VII. 29, 1 D 641 29 leitet z. B. die Pflicht des

1) So Frank § 1 IV 2, wo auch darauf hingewiesen wird, daß man die Übernahme der Hinderungspflicht nicht schlechthin daraus ableiten könne, daß jemand, ohne selbst eine gefährdende Handlung vorzunehmen, zur Abwendung einer schon vorhandenen Gefahr tätig wird.

2) Vgl. Dienstvorschrift für die Gendarmerie 1922: § 55 „Allgemeine Aufgabe der Polizei ist es, dem Schutz der Bevölkerung gegen Übertreter der Gesetze und gegen Störer der öffentlichen Ruhe und Ordnung zu dienen. Dies gilt auch für die Gendarmerie".

Lehrers zur unausgesetzten Beaufsichtigung seiner badenden Schüler aus dem übernommenen Lehramt ab.

3. aus einem vorangegangenen, wenn auch schuldlosen Handeln, durch welches die Gefahr der Verletzung fremder Rechtsgüter herbeigeführt wurde. So ist z. B. derjenige, der einen anderen versehentlich eingesperrt hat, verpflichtet, den Eingesperrten freizulassen. Gegen die herrschende Meinung erkennt Frank (S. 20) bei unbewußter Herbeiführung einer Gefahr die Rechtspflicht nur an, wenn sie gewohnheitsrechtlich begründet sei. Diese Grundlage dürfte aber regelmäßig gegeben sein. (Vgl. Traeger S. 102, 104). Höpfner wiederum will (S. 116—18) bei schuldloser Gefährdung eine Rechtspflicht nur zulassen, wenn es sich um eine erfahrungsgemäß gefährliche Tätigkeit handelt. (Dagegen v. Hippel S. 515 N 43 II). Entscheidend ist hier, daß der Täter, sobald er sich der von ihm verursachten Gefährdung bewußt ist, die Abwehr des Erfolges schuldhaft unterläßt. Dabei ist es gleichgültig, ob er das Gefährdungsbewußtsein von Anfang an hat oder erst nachträglich erlangte, ob das vorangegangene Handeln ein schuldhaftes oder schuldloses war. Fehlte das Bewußtsein, eine Gefahrlage geschaffen zu haben, gänzlich, so kann ein Fahrlässigkeitsdelikt vorliegen. (Vgl. im übrigen unten III S. 42).

Daß die Hilfspflicht in concreto durch eigene berechtigte kollidierende Interessen (z. B. Gefahr der Selbstanzeige) ausgeschlossen werden kann, findet bei v. Hippel (S. 515 N 43) und M. E. Mayer (S. 192 N 10) Erwähnung und gilt auch für die unter II 1. u. 2. genannten Fälle.

Selbstverständlich stellt sich, (worauf auch Frank S. 21 hinweist), die „gesamte positive und negative Tätigkeit als reines Begehungsdelikt dar, wenn sich der Vorsatz schon bei dem voraufgehenden positiven, die Gefahr begründenden Verhalten“ auf den Enderfolg richtete.

Zu 1.—3.) a) Die Verletzung einer nur sittlichen Handlungspflicht kann keine Rechtswidrigkeit begründen. Hier läßt sich eine Rechtspflicht auch nicht aus § 826 BGB. ableiten. (So Frank S. 21; Lpz.Komm. S. 46 a; Beling L. v. V. S. 35, 36; E. 56/378, 58/130; vgl. v. Liszt, Deliktsobligationen 72).

v. Hippel weist (S. 516, 517) darauf hin, daß das Rechtsgefühl zwar häufig für Bestrafung eines unmoralischen Unterlassens spricht, lehnt diese aber ab. Vielmehr hält er die auch von Höpfner (S. 122ff.) vorgeschlagene Abhilfe durch vorsichtige Ausdehnung der Nothilfepflicht (§ 360 Ziff. 10 StGB.) für genügend. In diesem Sinne verlangt der Kommissionsentwurf v. 1913 (§ 415 Ziff. 2) Bestrafung für denjenigen, der „es vorsätzlich unterläßt, einen anderen aus einer Lebensgefahr zu retten, obwohl er ihn ohne Gefahr für Leib oder Leben retten kann". Auf die nähere Ausgestaltung der erweiterten Nothilfepflicht kann hier nicht eingegangen werden. Jedenfalls sind die Vorschläge in dieser Richtung begrüßenswert; es scheint auch berechtigt, wenn Höpfner (S. 130) diesen Schutz durch eine höhere Strafe als die Übertretungsstrafe gesichert wissen will.

b) Daß der Vertrag Rechtsgrundlage für die strafrechtlich erhebliche Pflicht zur Erfolgsabwendung sein könne, wird in der Literatur[1]) vielfach bestritten, ohne daß aber die verschiedenartigen Einwendungen durchschlagen könnten. Man wird wohl den Vertrag unbedenklich als Quelle der Rechtspflicht annehmen dürfen, sofern man dabei eine grundsätzliche Einschränkung macht. Die Gegenmeinung führt vielfach[2]) das Bespiel an: Ein verwegener Schwimmer (A) unternimmt es, einen großen See ohne Sicherung zu durchschwimmen; ein zufällig des Weges Kommender (B) sieht Unheil voraus und verpflichtet den einzigen erreichbaren Schiffer (S), dem A zu folgen und ihn nötigenfalls zu retten; eine andere Rettungsmöglichkeit besteht nicht; S unterläßt es, seiner Rettungspflicht nachzukommen; A ertrinkt. Hier erscheint es allerdings unbillig, den S wegen Tötung nach § 212 StGB. zu bestrafen, während uns andererseits diese Strafe gerecht erscheint, wenn A im Vertrauen auf die vorherige vertragliche Verpflichtung das Wagnis unternommen hat, oder wenn B andere vorhandene Rettungsmöglichkeiten zu ergreifen unterließ, weil S sich verpflichtet hatte. Schon diese Beispiele zeigen, daß es darauf abzustellen ist, ob durch die Verpflichtung der Eintritt des Erfolges insofern erleichtert

1) Vgl. Landsberg S. 249.
2) Vgl. Frank S. 21; Höpfner S. 112.

wurde, als dadurch — wie Köhler § 21 II 2 b, allerdings in anderem Zusammenhang, sagt — „fremde, dem Verfügungsrechte des Verpflichteten nicht unterliegende Kräfte ausgeschaltet wurden, welche den Erfolg möglicherweise verhütet hätten". Dies leuchtet umsomehr ein, wenn man sich klar macht, daß der Vertragsschluß nichts anderes ist als ein Spezialfall des sonstigen vorangegangenen Tuns, auf welchem, wie oben unter 3. dargelegt, die Pflicht zur Erfolgsabwendung beruhen kann. (Vgl. auch Höpfner S. 116 N 15). Das für das vorangegangene Tun entscheidende Kriterium, daß nämlich dadurch eine gewisse Gefahrlage geschaffen wird, muß also auch für den Vertrag gelten. Die strafrechtlich erhebliche Rechtspflicht ist demnach dann durch Vertrag begründet, wenn — um mit Köhler S. 218 zu sprechen — „die bedrohliche Handlung (d. i. hier der Vertragsschluß) schon Bedingungen beseitigt hat, die zur Erfolgsabwendung geeignet waren". Die von P. Merkel (S. 34) bekämpfte Ansicht v. Buri's[1]), durch den Abschluß des Vertrages müsse zugleich die Förderung eines strafrechtlichen Erfolges herbeigeführt worden sein, ist daher bei Auslegung in unserem Sinne richtig. Dieses Kriterium des Gefahrmomentes liegt im erstgenannten Beispiel nicht vor, da dort keine andere Bedingung durch den Vertragsschluß ausgeschaltet wurde, welche den Erfolg möglicherweise verhindert hätte. Dagegen ist es im zweiten und dritten Falle gegeben. Denn hier hätte ohne den Vertragsabschluß A das Wagnis nicht unternommen bezw. B eine andere Rettungsmöglichkeit ergriffen. Das entscheidende Kriterium ist z. B. auch gegeben bei der vertraglichen Verpflichtung eines Kindermädchens (die Eltern hätten anders das Kind selbst behütet oder einer anderen Aufsichtsperson anvertraut); es liegt auch auf öffentlich-rechtlichem Gebiet vor: Hätte z. B. der Polizist sein Amt nicht angenommen, so wäre in concreto ein anderer Beamter Zeuge des Überfalls geworden und hätte wahrscheinlich den Totschlag verhindern können. Wo das Kriterium fehlt, kann demnach mangels einer strafrechtlich relevanten Rechtspflicht keine Bestrafung wegen Verursachung durch Unterlassung eintreten, unbeschadet der

1) G.S. 1891 S. 59 u. Z.St.W. Bd. I S. 412.

zivilrechtlichen Folgen des Vertragsbruches. Übrigens würde die oben S. 37 N a erwähnte Erweiterung der Nothilfepflicht auch hier wünschenswert erscheinen, um in solchen Fällen den Unterlassenden nicht ganz straflos ausgehen zu lassen.

c) Höpfner gibt (S. 122—130) für die Begrenzung der Rechtspflicht zum Handeln folgende, in einem Gesetzesvorschlag zusammengefaßte Anregungen:

Die Handlungspflicht[1]) soll nur bestehen, wenn der drohende abzuwendende Schaden unverhältnismäßig größer ist als der dem Verpflichteten durch das Eingreifen bevorstehenden Nachteil. Dieser richtige Gedanke entspricht den Grundsätzen der Notstandslehre und kommt auch in den bei v. Hippel (S. 519) genannten E. 19/96, 36/79, 38/123 zum Ausdruck.

Die Handlungspflicht soll entfallen, wenn das Handeln „dem mutmaßlichen Willen des Gefährdeten widerspricht". Hiermit stimmt der Grundsatz des geltenden Rechtes überein, nach welchem die Einwilligung des Verletzten die Rechtswidrigkeit (und damit auch die Rechtspflicht zum Handeln) ausschließt, außer wenn es sich um die Gefährdung unverzichtbarer Rechtsgüter handelt.

Die Handlungspflicht soll entfallen, „wenn der Gefährdete durch Leichtfertigkeit in die Gefahr geraten ist, außer wenn es sich um Gefahr des Todes oder schweren Körperschadens handelt". Hippel lehnt diese Beschränkung der Hilfspflicht wohl mit Recht als unsozial ab. (S. 520 N d).

Sind mehrere Hilfspflichtige vorhanden, so soll die Pflicht für den einen entfallen, wenn der andere „durch Vertragspflicht, Amtsstellung, Familienbeziehung, Verschuldung der Gefahr oder aus einem anderen Grunde in höherem Grade zur Abwendung der Gefahr berufen erscheint, oder wenn dem anderen durch die Tätigkeit offenbar geringere Opfer auferlegt werden". v. Hippel sagt dagegen (S. 521) mit Recht, daß es sich hier um reine Strafzumessungsgründe handle und

1) Höpfner wendet seine Vorschläge allerdings nur auf die erweiterte Hilfspflicht des § 415 Ziff. 2 Kommissionsentwurf 1913 an. Sie haben jedoch gleiche Bedeutung für die Handlungspflicht bei unechten Unterlassungsdelikten.

daß im übrigen grundsätzlich sämtliche Verpflichtete nebeneinander verantwortlich sein müssen.

Endlich soll die Handlungspflicht entfallen, „solange ein Aufschub der Tätigkeit nicht mit erheblichem Nachteil verbunden ist". Diese Bestimmung erscheint beim unechten Unterlassungsdelikt unnötig. Denn hier entscheidet der Zeitpunkt des Erfolgseintrittes. Bis dahin durfte die gebotene Handlung verzögert werden; mit dem Erfolg aber tritt die Verantwortlichkeit für seine Nichtabwendung ein.

III. Die schuldhafte Unterlassung.

Eine schuldhafte Unterlassung liegt vor, wenn dem Unterlassenden Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt[1]). Nach herrschender Lehre ist Vorsatz dann gegeben, wenn die gebotene Handlung bewußt und gewollt unterlassen wurde, obwohl der Unterlassende die Folgen seines Nichthandelns voraussah. Fahrlässigkeit ist anzunehmen

a) wenn zwar die gebotene Handlung bewußt und gewollt unterlassen wurde, der Unterlassende aber die Folgen seines Verhaltens nicht voraussah, obwohl er sie bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte voraussehen können.

b) wenn die gebotene Handlung aus Unachtsamkeit oder Vergeßlichkeit unterlassen wurde und der Unterlassende die Folgen seines Nichthandelns nicht voraussah, obwohl er sie bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte voraussehen können.

Erforderlich und genügend ist, daß der schuldhafte Wille (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) innerhalb des Zeitraums vorliegt, in welchem der Unterlassende hätte handeln müssen.

Das hier besonders interessierende Problem liegt darin, ob der Vorsatz des Unterlassenden auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit umfassen muß. Von der herrschenden Lehre wird dies hinsichtlich der positiven Verursachung grundsätzlich verneint und dementsprechend lehnt man auch meist das in Frage stehende Erfordernis beim unechten Unterlassungs-

1) Wenn auch für die negative Beihilfe nur die vorsätzliche Unterlassung in Betracht kommt, so soll doch der Vollständigkeit halber auch die fahrlässige Unterlassung Berücksichtigung finden.

delikt ab[1]). P. Merkel sagt (S. 45): „Zum Vorsatz gehört nicht das Bewußtsein einer Rechtspflicht zur Tätigkeit, auch nicht die Vorstellung davon, daß die aus der Unterlassung folgende Verletzung ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut betrifft". Wenn man auch mit herrschender Lehre[2]) zum Vorsatz grundsätzlich nicht das Bewußtsein davon verlangt, daß das Tun oder Unterlassen ein strafrechtliches Verbot verletzt, also einen insofern rechtswidrigen Erfolg herbeiführt, so darf man doch diese Regel nicht schlechthin auch auf das zweite Rechtswidrigkeitsmoment anwenden, welches beim unechten Unterlassungsdelikt noch zu beachten ist: nämlich darauf, daß hier das Unterlassen eine Rechtspflicht zum Handeln verletzt. Das Begehungsdelikt durch Unterlassung besteht ja doch darin, daß ein strafrechtliches Verbot und zugleich ein rechtliches Gebot übertreten wird, sodaß also gewissermaßen zwei Erfolge vorliegen. Verlangt man nun einerseits zum Vorsatz das Bewußtsein, daß das Unterlassen den ersten Erfolg (z. B. den Tod eines Menschen) verursachen werde, so muß der Unterlassende auch wissen, daß er gleichzeitig den zweiten Erfolg (z. B. die Verletzung einer rechtlichen Obhutspflicht) herbeiführt. Letzteres ist aber nur möglich, wenn er die Tatumstände kennt, auf welchen seine Handlungspflicht beruht.

Zum vorsätzlichen Begehungsdelikt duch Unterlassung gehört demnach das Bewußtsein, einer Rechtspflicht zuwider zu unterlassen und dadurch einen weiteren Erfolg herbeizuführen. Die auf außerstrafrechtlichem Irrtum beruhende Annahme, zum Einschreiten nicht verpflichtet bezw. zum Unterlassen berechtigt zu sein, schließt eine Bestrafung wegen Vorsatzes aus. Nach allgemeinen Regeln kann hier u. U. Bestrafung wegen fahrlässiger Verursachung durch Unterlassung eintreten, wenn der Unterlassende deshalb nicht handelte und so den möglicherweise sogar vorausgesehenen Erfolg herbeiführte, weil er unter Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt irrtümlicherweise glaubte, zum Handeln

1) Vgl. P. Merkel § 11; Hanke S. 42, 43.
2) Anders Olshausen § 59 N 16, 30.

entweder überhaupt nicht oder in concreto nicht verpflichtet zu sein.

Die Befürchtung der Gegenmeinung, daß die Forderung nach dem Bewußtsein der Rechtspflichtwidrigkeit zur Straflosigkeit „mancher unbedingt strafwürdiger Begehungen“ und damit zu unhaltbaren Ergebnissen führe, scheint weniger schwerwiegend zu sein als die offenbare Härte, jemand wegen vorsätzlicher Begehung durch Unterlassung zu bestrafen, der vor seiner Pflicht zur Abwendung des Erfolges keine Ahnung hatte. Folgendes Beispiel mag dies klar machen: In einer Badeanstalt sieht A von weitem ein Kind ertrinken. Weil er nicht erkennt, daß es sein eigenes Kind ist, welches er noch in der Ankleidekabine vermutet, und außerdem, weil genügend andere Hilfsfähige anwesend sind, sieht er untätig zu. Es wäre geradezu unsinnig, hier die Strafe der vorsätzlichen Tötung anwenden zu wollen! Beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt wird doch nicht deshalb bestraft, weil jemand nur untätig geblieben ist, sondern weil er ein bestimmtes von ihm erwartetes Tun vorsätzlich unterließ und durch dieses „Nicht-So-Handeln“ den Erfolg verursachte. A hat allerdings vorsätzlich zu retten unterlassen und so eine Teilursache für den Tod des Kindes gesetzt, genau wie alle anderen untätigen Zuschauer. Dies genügt aber noch nicht zur Bestrafung wegen vorsätzlicher Tötung durch Unterlassung. Dazu wäre vielmehr noch notwendig, daß A sich seiner Rettungspflicht als Vater bewußt war. Da er sich hierüber im Irrtum befand, so kann höchstens Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung in Betracht kommen. — Noch ein weiteres Beispiel für die Unhaltbarkeit der Gegenmeinung sei angeführt: A, der sich um die Stelle eines Schwimmlehrers bewirbt, läßt durch einen Bevollmächtigten seinen Anstellungsvertrag mit der Direktion einer Badeanstalt abschließen. Nachdem der Vertrag ohne Vorwissen des A schon zustandegekommen ist, sieht A einen Schwimmschüler in die Gefahr des Ertrinkens kommen; da er sich für noch nicht angestellt und daher nicht zum Eingreifen verpflichtet hält, und weil er noch eine eilige Besorgung zu machen hat, verläßt er die Anstalt, ohne sich um den Schwimmer zu kümmern; dieser ertrinkt. So

verwerflich das Verhalten des A in moralischer Hinsicht sein mag, so kann er doch nicht deshalb wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden, weil er als bereits engagierter Schwimmlehrer zur Rettung verpflichtet gewesen wäre; denn von dieser Rettungspflicht wußte er nichts. (Auch hier könnte dem Strafe erheischenden Rechtsgefühl durch die oben S. 37 N zu 1—3 erwähnte Erweiterung der Nothilfepflicht genügt werden.)

P. Merkel u. a. stützen sich auf den vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (vgl. R. 8 649; 7/317; 10/139) als Kuppelei bestraften Fall, daß Eltern den geschlechtlichen Verkehr zwischen ihrer Tochter und deren Bräutigam deshalb duldeten, weil sie ihn nach allgemeiner, auf dem Lande verbreiteter Anschauung für erlaubt hielten. Freilich, die irrige Annahme allein, daß seine Duldung nicht strafbar sei, könnte die Eltern nicht von der Strafe befreien. Jedoch kann die in bestimmten Volkskreisen herrschende Ansicht, daß die Beiwohnung zwischen Verlobten ebensowenig unzüchtig sei, wie die zwischen Ehegatten, nicht als reiner strafrechtlicher Irrtum aufgefaßt werden. (Vgl. Olshausen § 180 N 2, Abs. 5.) Nach dem Urteil des Hanseatischen O.L.G. (vom 8. 1. 31, R. III 142 30)[1]), welches hier mit Recht zum Freispruch gelangte, liegt „ein Grenzfall zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum vor. Die Frage, ob solcher Verkehr unsittlich ist, fällt in das Gebiet der sittlichen Anschauung. Der Täter konnte infolge seiner Anschauung das Unrechtmäßige seiner Handlung nicht erkennen, indem er sich in einem vorwiegend auf nichtstrafrechtlichem Gebiet liegenden Irrtum befand". Er glaubte also, zur Hinderung des Verkehres nicht verpflichtet zu sein und konnte deshalb nicht wegen Kuppelei bestraft werden.

Die bisherigen Betrachtungen ergeben, auf die negative Beihilfe bezogen, daß zum Gehilfenvorsatz die Kenntnis der Tatumstände gehört, auf welchen die Rechtspflicht zum Handeln beruht.

1) Höchstrichterl. Rechtsprechung 1931, Heft 9 Nr. 798.

§ 5.

Die Bestrafung der negativen Beihilfe.

Wir haben oben (§ 3) entgegen der herrschenden Meinung festgestellt, daß eine gesetzliche Grundlage für die generelle Bestrafung der negativen Beihilfe noch fehlt und de lege ferenda zu fordern ist. Von Einzelfällen, die einer besonderen Behandlung bedürfen (z. B. §§ 121, 347, 357), abgesehen, erscheint es zweckmäßig, (mit der herrschenden Lehre) die negative Beihilfe der Strafdrohung des § 49 StGB. zu unterstellen, sodaß dann also die durch ein tätiges oder untätiges Verhalten geleistete intellektuelle oder materielle Unterstützung des Haupttäters unter Strafe steht. Dabei kann im Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes wohl auf die besondere Unterscheidung von Rat- und Tathilfe verzichtet werden, wie dies in den Entwürfen von 1909 (§ 79), 1925 (§ 26), 1927 (§ 30) schon vorgeschlagen ist.

Es fragt sich nun, ob hinsichtlich des für die negative Beihilfe zulässigen Strafmaßes der Strafrahmen des § 49 StGB. genügt oder einer besonderen Erweiterung bedarf. Der Gedanke, daß das unechte Unterlassungsdelikt häufig milder bestraft werden müsse als die entsprechende positive Verursachung, ist schon dem italienischen Rechte bekannt und prägt sich noch in den Gesetzbüchern des 17. bis 19. Jahrhunderts aus. (Vgl. v. Liszt S. 128 ff.). Auch in neuester Zeit hat die Frage des Strafmaßes bei Unterlassungsdelikten wieder Erörterung gefunden. U. a. hat Höpfner in seiner schon erwähnten Abhandlung (Z.St.W. Bd. 36, S. 103 ff.) beachtliche Hinweise für die Behandlung dieses Problems gegeben, welche für die Beihilfe wie für die Täterschaft durch Unterlassung wegen des ihnen gemeinsamen Deliktscharakters von gleicher Bedeutung sind. Höpfner zeigt an Hand verschiedener Beispiele (S. 110), daß die Befolgung der Erfolgshinderungspflicht häufig ein mehr oder weniger großes Opfer an Zeit, Mühe, Geld oder sonstigen Interessen verlangt, während dies für die Einhaltung des Verursachungsverbotes nur ausnahmsweise zutrifft. Die Unterlassung beruht daher viel öfter auf einem Mangel an Opfersinn, auf Scheu vor Unbequemlichkeiten, als

auf rechtsfeindlicher oder rechtsgleichgültiger Gesinnung. Ein so geartetes Motiv der Unterlassung kann zu milderer Beurteilung Veranlassung geben, allerdings nur — wie Köhler S. 223 bemerkt — bei Verletzung von „weniger wichtigen Rechtsgütern".

Ferner stellt es Höpfner (S. 110—112) darauf ab, ob die rechtswidrige Nichthinderung eines Erfolges dessen positiver Verursachung gleichwertig ist[1]). Die verletzte Rechtspflicht zum Handeln, so legt Höpfner dar, sei häufig minder bedeutsam[2]) als das entsprechende Handlungsverbot bei der positiven Verursachung, weshalb die grundsätzliche Unterstellung der rechtswidrigen Nichthinderung unter den Strafrahmen der positiven Herbeiführung innerlich ungerechtfertigt sei. So sei z. B. das für die Eltern bestehende Gebot, ihre minderjährigen Kinder von Unzucht abzuhalten, weniger bedeutsam als das Verbot, ihre Unzucht positiv zu fördern. Gewiß, auch dieser Gesichtspunkt wird für eine mildere Bestrafung der Unterlassung sprechen. Daß aber die bestehenden Strafrahmen hierzu zu eng sind, d. h. keine genügend milde Strafe zulassen, hat uns Höpfner in keinem seiner Beispiele bewiesen[3]). Immerhin mögen Fälle vorkommen, in welchen unter Berücksichtigung des Motivs der Unterlassung, der Begleitumstände und der Bedeutsamkeit der Rechtspflicht die nach § 49 StGB. zulässige Mindeststrafe noch zu hoch erscheint. Aus diesem Grunde ist Höpfner zuzustimmen, wenn er die Möglichkeit zu besonders milder Bestrafung des Unter-

---

1) Wir haben schon oben (§ 4 I 5) darauf hingewiesen, daß die „Gleichwertigkeit" bei der Kausalitätsfrage keine Rolle spielen kann, wohl aber bei der jetzt zur Erörterung stehenden Bestrafung des unechten Unterlassungsdeliktes.

2) Ähnlich Traeger 71, 112 ff. Von den übrigen bei Höpfner S. 118 bis 121 genannten Momenten, welche die Gleichwertigkeit beeinflussen sollen, sei hier abgesehen. Schon ihre kurze Erwähnung oben S. 31, 32 zeigt, daß sie, wie auch Höpfner zum Teil selbst (S. 121) zugibt, einen viel zu diffizilen Maßstab abgeben würden.

3) In dem bei Höpfner S. 112 genannten Fall (Verpflichtung eines Schiffers zur Rettung) lehnen wir die Annahme eines unechten Unterlassungsdeliktes mangels einer relevanten Rechtspflicht nach den oben S. 38—40 N b dargelegten Grundsätzen überhaupt ab.

lassungsdeliktes schaffen will. Und zwar soll nach ihm grundsätzlich für die Nichthinderung die Strafe der positiven Verursachung angedroht sein, jedoch mit fakultativer Strafmilderungsbefugnis für den Richter (S. 107) in den Fällen, wo keine Gleichwertigkeit der Unterlassung vorliege; hierfür soll generell ein milderer Strafrahmen für Unterlassungsdelikte aufgestellt werden (S. 131). Weniger weitgehend schlägt Köhler (S. 223) eine Einzelregelung vor, nämlich „bei denjenigen Delikten, wo sich der Unterschied als merklich zeige — nicht bei Tötungen — zu bestimmen, daß die Bewirkung des Erfolges durch pflichtwidrige Nichthinderung seines Eintrittes einem milderen Strafrahmen unterstehe, der etwa demjenigen der Beihilfe zu entsprechen habe". Von diesen beiden Vorschlägen wird man wohl demjenigen Höpfners mit Rücksicht darauf zustimmen dürfen, daß eine generelle Vorschrift die größere Sicherheit für die Vermeidung von unvorhergesehenen Härten gibt. Die von beiden Autoren angeregte Ermäßigung des Strafrahmens entsprechend der Versuchsstrafe erscheint zweckmäßig.

Wenden wir nun das Resultat unserer Betrachtung auf die Bestrafung der negativen Beihilfe an, so ist zu sagen: Die Beihilfe durch Unterlassung kann grundsätzlich dem Strafrahmen des § 49 StGB. unterstellt werden. Besteht ein Bedürfnis nach milderer Strafe, so soll diese durch weitere Ermäßigung der Mindeststrafe nach den für die Versuchsstrafe geltenden Grundsätzen gefunden werden.

§ 6.

Das Verhältnis der negativen Beihilfe zu einzelnen Delikten nach dem RStGB.

Das RStGB. bedroht verschiedentlich das Nichtanzeigen, Nichthindern, wissentliche Geschehenlassen von unerwünschten Handlungen und stellt damit Tatbestände auf, die in manchen Punkten an negative Beihilfe erinnern, die aber dieser gegenüber ihre bestimmte Abgrenzung finden müssen.

Es handelt sich hierbei um zwei Hauptgruppen von Delikten:

1. Diejenigen, bei welchen ein untätiges Verhalten ohne Rücksicht auf seinen ursächlichen Zusammenhang mit einem Haupterfolg als reine Gebotsverletzung, also als reines Unterlassungsdelikt bestraft wird. Solches Untätigsein allein begründet keine Teilnahme an dem Haupterfolge. Die verletzte Gebotsnorm ist subsidiärer Natur; sie tritt zurück, wenn die Voraussetzungen für die Bestrafung wegen negativer Beihilfe gegeben sind, wenn also insbesondere gleichzeitig auch eine außerhalb des Strafrechts begründete Rechtspflicht zur Verhinderung des Schadens verletzt ist. Es wird dann nur aus § 49 bestraft.

So bedroht § 139 die bloße, wenn auch nur fahrlässige, Nichtanzeige (Konnivenz) eines bevorstehenden Verbrechens, begründet aber keine Rechtspflicht zu dessen Abwendung. Erst wenn diese Pflicht unabhängig von der Anzeigepflicht bestand[1]), kann — die sonstigen hierfür nötigen Erfordernisse vorausgesetzt — negative Beihilfe vorliegen, die dann die Nichtanzeige absorbiert.

Auch die Unterlassung der Hilfeleistung nach § 360 Ziff. 10 StGB. begründet, wie schon ihre Bestrafung zeigt, keine Haftung für den Haupterfolg. Negative Beihilfe kann auch hier nur bei gleichzeitiger Verletzung einer besonderen Hilfspflicht angenommen werden.

---

1) Z. B. für einen nach Landesgesetzen verhinderungspflichtigen Beamten (vgl. Olsh. § 139 N 1, § 49 N 12). Vgl. im übrigen Haunß S. 34—49 und oben § 3 I 3, S. 12.

Nach § 361 Ziff. 4 und 9 wird bestraft, wer Kinder oder andere unter seiner Aufsicht stehende Personen vom Betteln bezw. Stehlen oder von gewissen anderen Delikten abzuhalten unterläßt[1]). In beiden Fällen handelt es sich um reine Ommissivdelikte, nicht etwa um Teilnahme an den Handlungen der Gewaltunterworfenen. Die Strafe aus diesen Vorschriften tritt also dann ein, wenn negative Beihilfe z. B. wegen fahrlässiger Unterlassung oder mangels eines sonstigen Beihilfeerfordernisses nicht angenommen werden kann. (So auch Frank S. 780, 782.) Andernfalls wird sie durch die Gehilfenstrafe konsumiert. Eine klare Abgrenzung würde sich allerdings ergeben, wenn man mit Köhler (S. 530) unter „wissentlicher" Hilfeleistung ein Verhalten verstehen würde, mit welchem der Gehilfe eine Unterstützung der Haupthandlung beabsichtigt oder welches doch nach seiner Voraussicht unvermeidlich zur Unterstützung führt. Damit würde man aber dem Worte „wissentlich" in § 49 eine zu enge Auslegung im Gegensatz zur herrschenden Meinung geben, nach welcher „wissentlich" gleichbedeutend mit „vorsätzlich" ist.

2. Diejenigen, bei welchen ein Unterlassen unter Strafe steht, welches an sich als negative Beihilfe erscheint und zwar

a) zu einer nicht strafbaren Handlung. So stellt sich in §§ 121, 347 das vorsätzliche Entweichenlassen eines Gefangenen trotz Bewachungspflicht begrifflich als negative Beihilfe zur (straflosen) Selbstbefreiung dar; die Beihilfe ist hier zum delictum sui generis erhoben.

b) zu einer strafbaren Handlung, so in §§ 340, 341, 343, 345 („wer ..... begehen, vornehmen, anwenden, vollstrecken läßt"), wo neben der Anstiftung auch die Beihilfe zum jeweilig vorausgesetzten Erfolg bedroht ist. Um hier die Unterlassung als Mitwirkung (Beihilfe) zum Erfolge bestrafen zu können, genügt nach herrschender Auffassung nicht ein bloßes Nichthindern seitens des Beamten. Vielmehr muß die Verletzung einer besonderen Hinderungspflicht vorliegen, welche sich

1) Zur Entstehungsgeschichte des § 361 Ziff. 9 vgl. Berner, Lehrbuch und v. Holtzendorf, Handb. S. 103; letzterer weist auf die mit solcher Kasuistik verbundene Inkonsequenz hin.

nicht schon aus der Beamtenstellung schlechthin ergibt[1]). Ist aber in concreto der Verstoß gegen eine Verhütungspflicht festgestellt, so wird das Unterlassen als negative Beihilfe mit der Täterstrafe geahndet. Auch hier liegt ein Delikt eigener Art vor, das als Spezialgesetz dem § 49 vorgeht. Die gleichen Grundsätze gelten für die §§ 354 u. 355, soweit es sich dort um das wissentliche Gestatten (Konnivenz) von Delikten im Post- und Telegraphendienst handelt.

Bei § 357 leitet man die Rechtspflicht zur Verhinderung strafbarer Handlungen Untergebener im Amte schon aus dem Strafgesetz selbst ab. Der Amtsvorgesetzte, welcher eine solche Handlung „wissentlich geschehen läßt", macht sich der negativen Beihilfe schuldig, die ebenfalls mit der Täterstrafe belegt ist. Auch § 357 steht als spezielle Norm zu § 49 in Gesetzeskonkurrenz[2]).

Während also die unter 1. genannten Tatbestände regelmäßig subsidiärer Natur sind und dann Platz greifen, wenn keine Bestrafung wegen negativer Beihilfe eintreten kann, bilden die unter 2. aufgezählten Delikte unter gewissen Voraussetzungen Spezialfälle der negativen Beihilfe und gehen als solche dem § 49 vor.

1) So Frank § 340 III; Lpz.Komm. § 340 N III; Olsh. § 340 N 3 c; E. 5/333, 59/86.

2) Frank § 357 I; Lpz.Komm. § 357 N 1, 8; Olsh. N 3 c zu § 357.